

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

A função punitiva na indenização, demandas repetitivas e *punitive damages*

Florianópolis, Junho de 2015.

ATÍLIO IDALINO FELTRIN NETO

A função punitiva na indenização, demandas repetitivas e *punitive damages*

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal
de Santa Catarina como requisito à obtenção do
grau de bacharel em Direito.
Orientação: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Co-Orientação: Prof. Daniel Deggau Bastos

Florianópolis, junho de 2015.

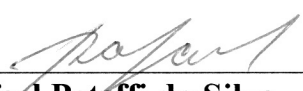


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

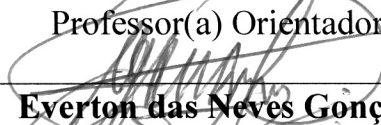
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A função punitiva na indenização, demandas repetitivas e punitive damages.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Atilio Idalino Feltrin Neto**, defendido em **03/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.


Florianópolis, 3 de Julho de 2015



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Everton das Neves Gonçalves
Membro de Banca



Mark Pickersgill Walker de Medeiros
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Atilio Idalino Feltrin Neto**

RG:

CPF:

Matrícula: **10200043**

Título do TCC: **A função punitiva na indenização, demandas repetitivas e punitive damages.**

Orientador(a): **Rafael Peteffi da Silva**

Eu, **Atilio Idalino Feltrin Neto**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 3 de Julho de 2015

Assinatura manuscrita de Atilio Idalino Feltrin Neto.

Atilio Idalino Feltrin Neto

AGRADECIMENTOS

Aproveito para reconhecer toda a gratidão à minha família, em especial à minha mãe e aos que aqui não estão mais presentes. Também aos meus colegas de graduação pelos de cinco anos de convivência. Agradeço ao Professor Rafael Peteffi da Silva por ter aceitado o convite de orientação e aos meus colegas de trabalho da Defensoria Pública de Santa Catarina, entre estes, o co-orientador deste projeto, Daniel Deggau Bastos, pela colaboração e presteza na construção desta monografia.

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.

J.J. Gomes Canotilho

LISTA DE SIGLAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Pretende-se neste projeto construir uma abordagem crítica quanto à aplicação da indenização punitiva, verificando a relação desta com questões relevantes na realidade da responsabilidade civil no direito brasileiro. Será efetuado um comparativo da indenização punitiva com o instituto americano do *punitive damages*, objetivando situar o momento histórico quanto à utilização da sanção punitiva no Brasil. Também serão levantadas possíveis consequências de uma maior aproximação do ordenamento brasileiro com o *punitive damages*, assim como o seu enquadramento nas funções da responsabilidade civil. Efetuando uma apresentação com a demonstração das normas, doutrina e jurisprudência que circundam o tema, demonstrar-se-á a conexão da indenização punitiva com a problemática das demandas repetitivas e a complexidade que envolve estas relações. Evidenciar-se-á a falta de equilíbrio nas relações privadas e a grave insegurança jurídica que enfrentamos e a correlação desta com a falta de positividade normativa no assunto. Inclusive, será apontado alternativas para fomentar a estabilidade e harmonia nas relações civis que envolvam indenização.

Palavras chave: responsabilidade civil. indenização punitiva. *punitive damages*, demandas repetitivas, segurança jurídica.

ABSTRACT

In this project we intend to build a critical approach about the application of punitive indemnification, checking its relationship with relevant issues in the reality of civil liability in Brazilian Law. A comparison of punitive indemnification to the American Institute of punitive damages will be made, aiming to situate the historical moment in the use of the punitive sanction in Brazil. It will also be raised possible consequences of closest approach of the Brazilian legal system with punitive damages, as well as its framework the functions of civil liability. Making a presentation with the statement of the rules, doctrine and jurisprudence surrounding the topic, it will be demonstrated the connection of punitive indemnification to the problem of repetitive demands and the complexity involved in these relationships. It will highlight the lack of balance in private relationships and serious legal uncertainty we face and the correlation with the lack of assertiveness rules on the subject. Including alternatives will be appointed to promote stability and harmony in civil relations involving compensation.

Keywords: civil liability. Punitive indemnification. Punitive damages. Repetitive demands. Legal security.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O CARÁTER PUNITIVO NA INDENIZAÇÃO POR DANO	13
1.1 HISTÓRICO E EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	13
1.2 NORMAS GERAIS	18
1.3 POSIÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA	21
2 O <i>PUNITIVE DAMAGES</i> E A APROXIMAÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL	29
2.1 DEFINIÇÃO DE <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NORTE AMERICANO	29
2.2 NORMAS QUE APRESENTAM CARÁTER PUNITIVO E/OU APROXIMAÇÃO COM O INSTITUTO DO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	31
2.3 CASOS DE APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	35
3 INSEGURANÇA JURÍDICA DO CARÁTER PUNITIVO: A AMEAÇA DE DETURPAÇÃO DA INDENIZAÇÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	42
3.1 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, INDEFINIÇÕES E COMPLEXIDADE DE ENTENDIMENTOS	42
3.2. ANÁLISE DE LINHAS INTERPRETATIVAS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	50
3.3 O RISCO DE MERCANTILIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DESVIO DE FINALIDADE	53
3.4 FUNÇÃO SOCIAL E COLETIVA REFERENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL	56
4 DEMANDAS REPETITIVAS E PONDERAÇÕES DA UTILIZAÇÃO DA SANÇÃO CIVIL NA INDENIZAÇÃO	61
4.1 CASOS <i>SERASA SCORE</i> , UMA DEMONSTRAÇÃO DA FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA	61
4.2 AÇÕES REPETITIVAS: UMA CRÍTICA À SEGURANÇA JURÍDICA	65
4.3. AÇÕES REPETITIVAS, ANÁLISE ECONÔMICA E CONTROLE SOCIAL DE DEMANDAS	68
4.4 ALTERNATIVAS PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E BEM ESTAR COLETIVO AO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	73
4.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO NO ORDENAMNETO PÁTRIO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA	78
4.5.1 Fundos de aplicação e reversão de valores a título punitivo	78
4.5.2 Limitação de valores e competência de determinação do montante pelos magistrados	80

4.5.3 A concepção da indenização punitiva como um sistema difuso de controle de violações	81
4.5.4 A possibilidade de sistematização com o novo sistema de incidente de demandas repetitivas	81
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos ramos do direito com a competência de equilibrar as relações jurídicas e dar respostas que puguem o respeito das leis e o fomento dos princípios.

Essa procura encontrar ferramentas que evitem desproporções entre as partes, construindo e mantendo uma harmonia no âmbito civil, isto tudo, é claro, visando proporcionar uma boa convivência social e coletiva.

Um mecanismo controverso para efetivar esses objetivos é a função punitiva no Direito Civil, a qual tem influência de realidades jurídicas estrangeiras e encontra-se em uma perspectiva dúbia no ordenamento brasileiro.

Um dos sistemas jurídicos de maior inspiração para a doutrina e jurisprudência pátria quanto à função punitiva da responsabilidade civil é o norte americano, com o *punitive damages*, sistema que será apresentado nesta obra. É um desafio definir a aproximação em que nos encontramos perante esse instituto, a irregularidade das decisões – e as diversas correntes interpretativas dificultam demarcar a posição em que nos encontramos.

Entre os fatos que contribuem para a inexistência de previsibilidade no tema é a miscigenação de fundamentos ao se justificar a aplicação ou não da função punitiva na responsabilidade civil. O fato de não existir linhas claras interpretativas pode ser um enalço para o estudo e amadurecimento do tema.

Será analisado o atual cenário normativo e o momento interpretativo que nos encontramos. Para tanto, verificaremos o conjunto de normas referente à possibilidade ou não de punição na responsabilidade civil. Também será averiguado a ocorrência das várias compreensões e fundamentos dos doutrinadores dentro do grupo que apoia a sanção civil e dentro do conjunto que a reprovava, questionando os possíveis efeitos dessa diversidade, principalmente quanto à insegurança jurídica que será tratada profundamente. Corrobora para essa conjuntura o vasto número de ações, em especial demandas repetitivas, permitindo maior montante de decisões e, assim, maior variabilidade de perspectivas quanto à indenização punitiva.

Além da insegurança jurídica, a cifra exorbitante de ações no Poder Judiciário revela um problema grave no atual panorama do direito brasileiro: o desequilíbrio nas relações civis. Um elevado número de violações legais ocasiona um maior montante de demandas judiciais, muitas dessas repetitivas do mesmo assunto e do mesmo

infrator, o que gera um abarrotamento do Poder Judiciário, aumentando a morosidade deste e diminuindo a possibilidade de maior tempo dedicado a outros temas.

A questão que instigou este projeto foi o caso Serasa Score, que gerou grande alarde nos tribunais, especialmente no de Santa Catarina. Neste, havia até então, uma possível violação de direitos de diversos indivíduos, aos quais muitos entraram com demandas almejando indenizações. Durante este período observamos o prejuízo quanto ao andamento célere destas e demais ações. Deste ponto surgiu o interesse de verificar as relações que envolvem a indenização na responsabilidade civil, relacionando com as demandas repetitivas e outros institutos que permeiam a complexidade do tema.

As violações repetitivas representam uma questão que extrapola a mera questão individual e a reintegração de ilícitos revela um caráter social, um desrespeito com a coletividade. Ultrapassando, então, somente a problemática da celeridade processual e a segurança jurídica, havendo uma multiplicidade de facetas que serão apresentadas e questionadas nesta obra.

A insegurança jurídica, as demandas repetitivas e a violação de direitos estão interligadas de uma forma complexa. Todos esses distúrbios possuem uma relação que será estudada na presente obra, pois apresentam uma relação de causas e consequências que merecem devida atenção, porquanto são um dos grandes entraves para a maximização de direitos e princípios da responsabilidade civil.

Será analisada a atual situação da utilização do *punitive damages* e da função punitiva na realidade jurídica brasileira sob uma visão crítica, evidenciando sua indefinição normativa, doutrinária e jurisprudencial. Com o conhecimento do vigente quadro real do direito pátrio, levantar-se-á a possibilidade de aproveitamento mais definido e incisivo da sanção na responsabilidade civil nacional.

Avaliar-se-á o enquadramento da sanção punitiva na responsabilidade civil, seu encaixe nos princípios e funções desta, assim como as consequências de uma recepção formal do *punitive damages* norte americano. Para tanto, serão questionados os possíveis benefícios dessa positivação, assim como os riscos de potenciais malefícios.

Em que pesem as indefinições quanto à função punitiva, é possível levantar a relação entre esta e as disfunções que encontramos na atual perspectiva brasileira – insegurança jurídica, demandas repetitivas, violações reiteradas –, e, assim, apontar alguns pontos críticos que deverão ser repensados para a evolução deste mecanismo

na esfera da responsabilidade civil. Incorporando uma análise teórica com a prática jurisprudencial, será demonstrada a atribuição que o *punitive damages* e a função punitiva podem desempenhar nesta circunstância conturbada.

1 O CARÁTER PUNITIVO NA INDENIZAÇÃO POR DANO

1.1 HISTÓRICO E EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

As punições nas indenizações civis remontam aos mais antigos sistemas. Embora o objetivo deste trabalho não seja demonstrar em minúcias esses ordenamentos, vislumbra-se que eles já existiam há milênios e que não se apresentam como uma invenção contemporânea. Como demonstra Paula Meira Lourenço, é possível observar registros há milênios de previsão sancionatória na responsabilidade civil:

[...] a atribuição de uma indenização que excede o dano sofrido pelo lesado, com um escopo sancionatório e preventivo, era já prevista no Código de Amurai (2000 A.C.), nas Leis Hititas (1400 A.C.), no Código de Manu concebido pelo hindus (200 A.C.), no Antigo Testamento e no Direito Romano, segundo o qual, em sede de relações privadas (*delicta privata*), a pessoa que houvesse ofendido os direitos de outrem ficava obrigado a pagar-lhe uma pena pecuniária com finalidade repressiva (*obligatio ex delicto*). Tal sistema veio substituir a vindicta arcaica.¹

Posteriormente, vários países apresentaram experiências relativas à indenização punitiva, podendo citar Inglaterra, Estados Unidos, Itália, Portugal, França e Alemanha². Notoriamente os países que mais desenvolveram a sanção civil foram a Inglaterra e os Estados Unidos, e atualmente, neste quinhão da responsabilidade civil, são os mais influentes e comparados sistemas na doutrina e jurisprudência no Brasil. Respeitada a relevância dos demais ordenamentos, será priorizado o aprofundamento nestas duas principais ordenações, sem deixar, contudo, de retratar a historicidade dos demais.

Procurando evitar confusões terminológicas, aproveita-se a oportunidade para demonstrar alguns critérios que serão adotados neste projeto. Embora indenização punitiva seja a tradução literal e um “sinônimo” de *punitive damages*,

¹ LOURENÇO, Paula Meira apud VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 maio 2015.

² VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto, A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 maio 2015.

nesta obra a indenização punitiva será tratada como gênero, enquanto *punitive damages* como espécie. Para esta também deverá ser considerado como gênero as expressões função punitiva, sanção indenizatória e sanção civil.

O direito brasileiro, oficialmente, não adotou nenhuma teoria quanto ao caráter punitivo da indenização. Entre doutrina e jurisprudência observa-se uma aproximação com institutos estrangeiros que são adaptados para o ordenamento pátrio. A função punitiva brasileira na indenização possui semelhanças com o *punitive damages*, instituto proveniente da *Common Law*, pela maleabilidade desse sistema de precedentes e seu grande embasamento em princípios, os juízes ingleses criaram fundamentos que posteriormente foram adotados pelos Estados Unidos e em alguma proporção recepcionados de forma mitigada no Brasil.

Apesar de possuir raízes no direito romano e ordenamentos que existem há milênios, modernamente a criação da função punitiva com o *punitive damages* aconteceu na Inglaterra, no século XVIII. Havia na Inglaterra a multiplicação do valor indenizatório sobre o dano sofrido, imposto como castigo ao infrator.³ Podemos exemplificar com as indenizações triplicadas para inquilinos e arrendatários que infligissem algum dano, além da recuperação da propriedade. Outra fonte punitiva ocorria nos julgamentos do júri em questões envolvendo ofensas à esfera jurídica de outrem, nas chamadas *tort actions*.⁴

Entretanto, o direito inglês é reconhecido como um dos percussores do *punitive damages* contemporâneo. No ano de 1964, foi proferida decisão na Câmara dos Lordes em que foi delimitada a aplicação da função punitiva nos casos previsões

³ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza apud GRUTES, Rômulo limeira da Silva, *Punitive damages* e Dano Moral Punitivo: um Estudo Comparado com o Modelo Norte americano. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/RomuloLimeiraGrutesdaSilva.pdf>. Acesso em: 03 maio 2015.

³ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 maio 2015.

⁴ ANDRADE, André Gustavo de. apud GRUTES, Rômulo limeira da Silva, *Punitive damages* e Dano Moral Punitivo: um Estudo Comparado com o Modelo Norte americano. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/RomuloLimeiraGrutesdaSilva.pdf>. Acesso em: 03 maio 2015.

em lei, freando a liberdade dos magistrados. Todavia, esse limite está sendo superado e aqueles magistrados vêm decidindo com abertura para interpretação.⁵

Devido à colonização inglesa, o direito norte americano adotou a *punitive damages* em seu sistema jurídico. Entretanto, não se limitou a aplicação restritiva adotada pelos ingleses. Os Estados Unidos aperfeiçoaram o caráter punitivo do dano ampliando e desenvolvendo várias vertentes do *punitive damages*, inclusive com a divisão clara entre indenização compensatória e punitiva. Isso ocorreu principalmente pelos estudos dos *leading cases*, o que permitiu um estudo e amadurecimento nos casos concretos, tornando-se referência mundial no assunto.

O *punitive damages* estadunidense é considerado uma verba a ser julgada separada, aplicada em casos de elevado grau de violação, de culpa e de condutas socialmente reprováveis. Para André Gustavo de Andrade⁶ é uma resposta do ordenamento ao causador de um dano, que visa ao interesse social de público, porquanto além de punir a ato, desestimula a reiteração da conduta ofensiva.

No direito brasileiro não encontramos regras explícitas sobre a aplicação do *punitive damages*. Contudo, encontramos na doutrina e na jurisprudência a ocorrência deste instituto, o que observaremos nos tópicos e capítulos subsequentes. Apesar dessa falta de normativa, há nas legislações infraconstitucionais traços que se aproximam ao *punitive damages*, levando em consideração aspectos deste na fixação do *quantum* indenizatório. Nesta obra haverá um tópico voltado especialmente para normas de fixação indenizatória, no qual será estudado o desenvolver dessas normas no ordenamento pátrio.

Na maioria dos países europeus é perceptível que a utilização da indenização punitiva não se encontra similar ao inglês e ao norte americano. Países como França, Alemanha e Itália não apresentam doutrinas desenvolvidas para aplicação do referido instituto. Tal fato pode ser interpretado como uma opção pela não recepção da indenização punitiva; entretanto, é inegável que essas nações apresentam aspectos de indenização punitiva que merecem ser mencionadas.

⁵ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 maio 2015.

⁶ ANDRADE, André Gustavo de. Dano Moral e Indenização Punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do Direito brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009, p.183

No direito alemão o artigo 847 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) proclama que alguns danos não patrimoniais devem receber uma indenização equitativa onde “não se trata de pretensão comum de indenização por perdas e danos, mas de uma ‘pretensão de natureza peculiar, com dupla função: propiciar ao lesado uma compensação adequada’ à injustiça que sofreu e ‘ao mesmo tempo levar em conta que o autor do dano deve ao ofendido uma satisfação pelo que lhe fez””.⁷

Em casos de direito da personalidade e de imagem, a jurisprudência alemã vem construindo entendimento no sentido de que é possível extrapolar a mera compensação à vítima e atingir um grau de satisfação. Assim proclama Bernd-Rüdiger Kern: “de um lado, deve trazer ao lesado um sentimento de satisfação, apaziguar seu senso de justiça ferido; de outro, deve impor um sensível sacrifício patrimonial; e, por último, com isto deve atuar preventivamente no futuro”⁸.

Na França não há legislação específica que permita a aplicação do *punitive damages*, entretanto, segundo Paula Meira Lourenço, os magistrados aproveitam a amplitude e liberdade na quantificação do dano moral para elevarem a indenização, não objetivando compensar o lesado, mas sim desestimular a repetição da conduta indesejada. Há ainda a possibilidade de aplicação em casos onde expressamente a legislação permite a aplicação de indenização múltiplas para casos específicos, como, por exemplo, juros dobrados para vítimas de viação a partir do oitavo mês.⁹ Observa-se de trechos da obra da autora:

[...] a liberdade de avaliação do dano moral é aproveitada pelos tribunais para elevarem a compensação, não tanto para compensar o lesado, mas antes com o escopo de punir a conduta do agente e prevenir a sua repetição quer pelo infractor, quer por terceiros.¹⁰

⁷ KERN Bernd-Rüdiger apud VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 06 maio 2015.

⁸ Idem.

⁹ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 maio 2015.

¹⁰ LOURENÇO, Paula Meira apud VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 maio 2015.

[...] a falta de consagração legal dos danos punitivos é superada pela elevação do montante de indemnização, levando em linha três factores: os benefícios que o autor obtém com o acto de concorrência desleal (os quais têm de ser superiores ao prejuízo causado), as economias que o mesmo faz à custa do lesado, e a apropriação de uma tecnologia, quando o titular de uma patente não explora a sua invenção, ou concede o seu direito de exploração a terceiros.¹¹

Na Itália há dispositivos esparsos que autorizam a punição em casos específicos, principalmente atrelados à quantificação da indenização, que permitem recorrer a parâmetros da gravidade da culpa e o enriquecimento ilícito do autor do dano. Revela-se também a adoção mitigada da função punitiva quando envolve a proteção da pessoa, especialmente em casos de direitos da pessoa.¹² Quanto aos direitos individuais e *punitives damages*, assim entende Paolo Gallo:

In Italy, and more generally in Europe, there are no applications of private sanctions comparable to the american ones especially in the field of products liability. In spite of this, starting from the eighties, italian case law show a growing tendency to redicover exemplary damages as a consequence of the expansion of tort law in the field of the protection of the person, his reputation, honour, privacy, and so on.¹³

Apesar deste levantamento da aplicação da indenização punitiva, ainda que mitigada em alguns países europeus, Humberto Theodoro Júnior rechaça a interpretação que estas nações estão abrindo-se para a indenização punitiva, afirmando que embora exista países que o façam – Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Rússia – deixa claro que não é o caso de França.¹⁴ Podemos compreender melhor nas palavras do autor:

De maneira geral o direito Europeu continental rejeita a transformação da responsabilidade civil em instrumento de punição do agente do ato ilícito civil. Por isso, sentenças arbitrais internacionais que aplicam “indenizações punitivas” são recebidas com reserva nos países europeus, justamente

¹¹ Idem.

¹² VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 maio 2015.

¹³ GALLO, Paolo apud VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto, A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro, disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 06/05/2015.

¹⁴ THEODORO, Humberto Júnior, Dano moral, 7. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 83.

porque a ordem jurídica local não condiz com esse tipo de punição em campo de responsabilidade civil

Resta claro que a função punitiva na responsabilidade civil não é algo recente, pois há milênios e de formas variadas esse recurso é utilizado para regular as relações públicas e privadas. Esse grande período de evolução possibilitou que diferentes ordenamentos se desenvolvessem de forma assimétrica, contemplando uma variada série de singularidades que merecem atenção.

Certamente controversa, a aplicação desse instituto não apresenta uniformidade nas doutrinas e jurisprudências internacionais. Observa-se a disparidade entre os países supracitados, demonstrando o posicionamento diferenciado quanto à extensão e possibilidades de recorrer ao *punitive damages*. Manifestadamente, o país que apresenta o sistema de punição mais elaborado é o Estados Unidos. Contudo, é indispensável também explorar as experiências de outros países, suas realidades e momento histórico.

1.2 NORMAS GERAIS

O sistema jurídico brasileiro atual não apresenta normatização expressa que autorize a aplicação da indenização punitiva pelos Tribunais. Inclusive, é possível interpretar que há vedação desse instrumento. Entretanto, encontra-se no ordenamento traços que remontam a princípios punitivos. Essa aproximação com o *punitive damages* ocorre principalmente quanto a orientações normativas de quantificação do dano, nas quais encontramos parâmetros que extrapolam o dano reparatório, como em alguns casos em que é estipulado na própria lei a multiplicidade do *quantum* reparatório.

Essas normas com atributos punitivos serão apresentadas em tópico específico no capítulo seguinte, porquanto se tratam de legislações específicas. No momento, nos ateremos à compreensão das principais normas gerais, constitucionais e infraconstitucionais, que formam suporte para o posicionamento pela aplicação ou refutação da teoria sancionatória na responsabilidade civil brasileira.

A base normativa levantada pela doutrina, na defesa da aplicação punitiva no direito brasileiro provém de uma interpretação sistemática de normas e princípios constitucionais. Não havendo norma expressa que autorize aplicação sancionatória

no direito civil, os doutrinadores buscaram na Carta Magna argumentos para este posicionamento.

É possível encontrar na doutrina brasileira a seguinte concepção: Haveria uma superação da falta de normas infraconstitucionais ocasionada pela dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III do artigo 1º da CF/88. Esta, segundo Andrade, suficiente, mesmo que individualmente, para autorizar a prática da sanção na responsabilidade civil:¹⁵

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...] III - a dignidade da pessoa humana;

Ainda, há a alegação que a função punitiva estaria amparada porquanto estão resguardados os direitos da personalidade, como honra e imagem, previstos no inciso X do artigo 5º da CF/88.¹⁶

Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A condenação igualitária de montante indenizatório para condutas extremamente adversas, porém com danos iguais, representaria uma afronta ao princípio da igualdade, porquanto trataria condutas notavelmente diferentes de forma igual. Essa busca igualitária está prevista no *caput* artigo 5º da CF/88:¹⁷

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O atual ordenamento revela a possibilidade de utilização da culpa do agente no artigo 944 do Código Civil para dirimir a indenização quando da sua desproporção

¹⁵ ANDRADE, André Gustavo Correa. Dano moral & indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência da *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 237.

¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Correa, Indenização punitiva. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 23 abr. 2015.

¹⁷ ANDRADE, André Gustavo. Dano moral & indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência da *common law* e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 243.

com grau de responsabilidade. Entretanto, o inverso não é observado, pois não há previsão para acréscimo nos casos de grave culpa. Demonstrando uma preterição do legislador com a possibilidade punitiva neste caso. Artigo 944 do Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Todavia, já é possível encontrar interpretações divergentes, aceitando que o artigo 944 do Código Civil não impede a utilização da função punitiva na indenização. Observa-se do enunciado 379 aprovado pelo IV Jornada de Direito Civil – Conselho de Justiça Federal: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

No mesmo sentido, o artigo 403 do Código Civil demonstra que o dolo não pode ser considerado na quantificação da indenização, revelando uma irrelevância sobre a conduta do agente. Denota-se o caráter compensatório adotado pelo legislador:¹⁸ “Art. 403 - Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

O enriquecimento sem causa é um dos principais argumentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a impossibilidade de aplicação da indenização punitiva na realidade brasileira. Expressamente previsto no artigo 884 do Código Civil, alguns magistrados afirmam não possuir previsão legal que desconfigure o enriquecimento sem causa quando da aplicação da indenização punitiva na responsabilidade civil, infringindo esta o referido artigo: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

A falta de legislação quanto à teoria punitiva do dano é notória, e é uma das principais críticas dos pensadores da responsabilidade civil quando à aplicação das penalidades no âmbito civil, pois, diferentemente dos sistemas de *Common Law* – em que os principais parâmetros são os precedentes dos tribunais –, no ordenamento pátrio não é permitido criar soluções que fujam da lei. Este é o pensamento de

¹⁸ CAMILO, José neto, A banalização do dano moral, disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/a-banalizacao-do-dano-moral/82835/>> acesso em 07/05/2015

Humberto Theodoro Junior, que se mostra claro em seu pensamento pela inexistência de respaldo normativo:

Em nosso sistema constitucional só a lei pode instituir pena aplicável ao agente de ato dito ilícito. Se nenhuma norma legal cogita de instituir ou cominar pena para determinado ato lesivo, ao juiz somente toca impor ao agente o dever de indenizar o prejuízo acarretado vítima. Nada mais.¹⁹

Mostra-se inequívoco que é plausível haver interpretações sobre as normas que podem tender à possibilidade ou impossibilidade da função punitiva nas indenizações. A legislação pátria é demasiada imprecisa no assunto. Apesar de o atual Código Civil demonstrar sua orientação pela impossibilidade da indenização ultrapassar o dano, algumas legislações específicas, que serão demonstradas posteriormente, e normas constitucionais podem conflitar com esta interpretação, dando margem para outras correntes doutrinárias que apoiam a indenização punitiva.

Respeitadas as posições e seus argumentos, mostra-se impreterivelmente necessário um aperfeiçoamento e amadurecimento legislativo no assunto. A falta de base legal oportuniza variadas interpretações, o que prejudica a segurança jurídica. Ao deixar essa abertura permite-se que as decisões se desenrolam as mais diversificadas possíveis, enfraquecendo a respeito e clareza que a responsabilidade civil deve ter. A falta de posição normativa anula a oportunidade de otimização da responsabilidade civil e caso a orientação definida não se apresente satisfatória, desaproveita-se a sorte de repensá-la.

1.3 POSIÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA

A responsabilidade civil é o ramo do ordenamento incumbido de equilibrar as relações indenizatórias, que envolvem variados danos. No sistema brasileiro essa valoração é arbitrada pelos magistrados, que levam em consideração diversos parâmetros para quantificar o dano. Podemos citar a extensão do dano, da culpa do agente, da conduta *a posteriori* desse e também o caráter punitivo e pedagógico. Esse último parâmetro encontra grande divergência na doutrina. Apesar de possuir uma

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano moral, 7. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 90.

razoável utilização para fixar o *quantum* indenizatório nos tribunais, há correntes que não defendem sua utilização.

Os doutrinadores diferem seus posicionamentos nos mais variados pontos. Além da divisão dos que defendem a possibilidade da condenação punitiva nas indenizações e os que acreditam pela sua impossibilidade, há correntes entre esses grupos que divergem sobre a fundamentação e embasamento de sua posição e também a extensão de casos em que seria possível ou não a aplicação da punição.

Atualmente, uma considerável parcela de doutrinadores defende que não é possível a utilização do dano punitivo no direito brasileiro. Essa corrente acredita que a única função da responsabilidade civil é a reparação do dano, enquanto a função punitiva caberia à esfera penal. Esses autores convergem no sentido de que a função punitiva na indenização seria uma distorção da responsabilidade civil e da sua função de origem, revelando certo corromper de sua base reparatória para responder a demandas e problemas para qual não foi criada.

Esses civilistas acreditam que isto excederia a natureza da indenização, e os principais pontos são o enriquecimento sem causa, a violação do princípio da legalidade penal e a possibilidade de gerar “indústrias do dano”. Esses três pontos são grandes fundamentos/argumentos pela não aplicação ou recepção da função punitiva na responsabilidade civil, os quais serão estudados profundamente ao longo da obra. No momento nos ateremos a seus fundamentos alicerçais, acompanhando os principais doutrinadores no assunto para uma análise geral, visando demonstrar a divisão e variedade na doutrina, ainda que pontos específicos possam ser levantados

Parcela dos doutrinadores revela grave violação da legalidade na aplicação punitiva nas indenizações, pois entendem que, além de ela invadir campo de atuação alheio – o do Direito Penal –, inflige também a legalidade, prevista no inciso II do artigo 5º da CF/88. Neste sentido converge Carlos Roberto Gonçalves:

[...] já se foi o tempo em que as sanções civis e penais se confundiam. A sanção penal tem por fim a repressão do ato ilícito e não guarda relação com o valor do bem lesado. [...] se vê que o caráter sancionatório autônomo, nas condições mencionadas, tem todas as características da sanção penal. Enquanto tal, está sujeita ao princípio da legalidade das penas [...]. Enquanto garantia constitucional, o princípio da legalidade das penas não se aplica exclusivamente ao direito penal.²⁰

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, vol. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382.

Para Humberto Theodoro Junior “Aplicar judicialmente uma pena sem prévia estipulação em lei não só contraria a garantia da legalidade das penas como a do devido processo legal, já que nesta garantia se inclui também a de o juiz deve julgar segundo as leis existentes”.²¹ Ferindo inclusive a tripartição dos poderes, porquanto o poder judiciário invadiria uma esfera que não é a sua, a legislativa.²² Paulo Nader também afirma o que o direito brasileiro não comporta o *punitive damages*, inclusive levanta que este instituto, com imposição de grandes montantes, que estão sendo questionadas nos Estados Unidos.²³

Seguindo a linha de não aplicação da indenização punitiva, Humberto Theodoro Júnior afirma que ao contrário do Direito Penal, na reparação individual do Direito Civil a sociedade não tem interesse na punição. Ao punir o agente na esfera civil estar-se-ia ultrapassando o dano aferido ao particular. Sendo somente a vítima a afetada, não caberia esse proveito à sociedade.²⁴

Segundo Anderson Schreiber ocorreria uma mistura de esferas que não deveriam se tocar. Não haveria uma definição clara do que se estaria compensando ou punindo, tornando obscuro o *quantum* indenizatório. Ele acredita que a miscigenação do direito civil e penal “corromperia” a função indenizatória própria e nata da responsabilidade civil.²⁵

Sérgio Cavalieri Filho, no entanto, critica a diferenciação dos ramos civil e penal, em que a única disparidade seria o grau de imoralidade ou gravidade da violação. Esses ramos estariam no mesmo plano, o dos ilícitos, e somente seriam separados por uma questão de conveniência, que pode ser alterada conforme o momento histórico de determinada sociedade, restando para o ramo civil as condutas menos gravosas enquanto ao Direito Penal caberia as de grande repúdio.²⁶

Nesta Linha, José Aguiar Dias acredita não haver distinção entre ilícito civil e penal, no qual todo ato inflacionário é uma violação à lei. A coação penal e civil

²¹ THEODORO, Humberto Júnior. Dano moral. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 77.

²² J. CRETILLA JÚNIOR apud THEODORO, Humberto Júnior. Dano moral, 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 77.

²³ NADER, Paulo, Curso de Direito Civil, v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.18.

²⁴ THEODORO, Humberto Júnior. Dano moral. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 80.

²⁵ SCHREIBER, A apud OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. Dano Moral e seu caráter desestimulador. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_22832041_DANO_MORAL_E_SEU_CARATER_DESESTIMULA_DOR>. Acesso em: 12 abr. 2015.

²⁶ CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Atlas, 2012, p. 89.

objetivam ser contrárias a fatos antijurídicos, não existindo maneira de dividir com um corte nítido estas.²⁷

Seguindo esta linha, coadunam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Filho Pamplona, afirmando haver uma similitude entre ilícito civil e penal, sendo sua diferença tão somente o grau e a quantidade, nas palavras dos autores:

Dessa forma, conforme aponta WLADIMIR VALLER, baseado em NÉLSON HUNGRIA, a “ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Em seus aspectos fundamentais há uma perfeita coincidência entre o ilícito civil e o ilícito penal, pois ambos constituem uma violação de ordem jurídica, acarretando, em consequência, um estado de desequilíbrio social. Mas, enquanto o ilícito penal acarreta uma violação de ordem jurídica, quer por sua gravidade ou intensidade, a única sanção adequada é a imposição de pena, no ilícito civil, por ser menor a extensão da perturbação social, são suficientes as sanções civis (indenização, restituição *in specie*, anulação do ato, execução forçada etc.). A diferença entre o ilícito civil e o ilícito penal é, assim, tão somente, de grau ou de quantidade”.²⁸

Um questionamento importante levantado é que devido à possibilidade de “indústria do dano” e também pela essência coletiva da pena, a indenização deve ser alocada em um fundo especial que poderá “beneficiar” e “socializar” as benéficas do montante indenizatório. Pode se aferir que isso também seria interessante para evitar o enriquecimento sem causa e a industrialização indenizatória do Poder Judiciário.²⁹

O instituto do *punitive damages* – surgido em países de *Common Law* inicialmente no Direito Inglês e posteriormente tomando força nos Estados Unidos, também conhecido por *exemplary damages* – no Brasil, foi recepcionado de forma mitigada. Conforme refere Marina Celina Bodin Moraes, tem como objetivo o caráter pedagógico, constringendo o infrator para que este não reincida na violação de Direitos, desestimulando práticas abusivas e valorizando a boa-fé nas relações. A autora divide a função da indenização na responsabilidade civil a compensatória e punitiva exemplar, como se pode observar na seguinte passagem da sua obra:

[...] a satisfação do dano extrapatrimonial visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir o comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco de queira imitá-

²⁷ DIAS, José de Aguiar, Da Responsabilidade Civil. São Paulo: Renovar, 2006, p.12-13.

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Cursos de Direito Civil, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. apud GUSMÃO, Ana Carolina de Souza Costa. Dano Moral e indenização Punitiva. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 30 maio 15.

lo, diz-se, então, que a reparação do dano extrapatrimonial possui uma dupla função, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima- ajudando a sublimar as aflições de tristezas decorrentes do dano injustificado – e de um caráter punitivo, cujo objetivo é, em suma, impor uma penalidade exemplar ao ofensor.³⁰

Argumentando pela possibilidade da aplicação da punição na indenização quanto ao dano moral, Carlos Alberto Bittar preleciona que devem ser consideradas a satisfação integral do interesse do lesado; devendo também possibilitar relevante impacto no patrimônio no infrator; que deve ter teor de advertência, consoante a reprobabilidade social ao bem jurídico protegido, demonstrando o repúdio coletivo da conduta lesiva.³¹

Ainda no sentido de relevância da reprovabilidade das condutas, André Gustavo Andrade afirma que não converge com os princípios constitucionais atribuir indenizações iguais para ações diferenciadas, ferindo o conceito de igualdade e ao senso comum de justiça. Pode-se depreender desse autor que ao tratar igualmente as condutas diferenciadas seria uma verdadeira premiação e coadunação à má-fé; ao infrator é indiferente o “*animus laedendi*” ou até mesmo interessante, porquanto a sanção será estritamente idêntica.³²

Quando da aceitação do caráter punitivo, assim como no instituto *punitive damages* norte americano, há parâmetros para evidenciar as situações em que se deve recorrer à punição do agente. Não é plausível aplicar esta estrutura quando o dano se apresenta “simples”. Sérgio Cavalieri Filho acredita que deve-se utilizar a indenização punitiva somente em casos de ocorrência culpa grave e ser altamente reprovável, ou a conduta constituir em enriquecimento ilícito ou ocorrer repetidas vezes:

A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita.³³

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Apud GUIMARÃES, José Carlos Almeida. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/JoseCarlosGuimaraesAlmeida.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2015.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto apud ANDRADE, André Gustavo Correa. Indenização punitiva. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em 23 abr. 2015.

³² ANDRADE, André Gustavo. Dano moral & indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência da *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 95.

Em analogia ao Direito Penal, a aplicação punitiva é necessária quando há uma condição especial de agravação de pena, trazendo maior reprobabilidade social, autorizando a extrapolação da pena base. A pena base poderia ser comparada à indenização ressarcitória da “vítima”.

Analisando os princípios constitucionais e a Constituição Federal como um sistema, há doutrinadores que acreditam ser possível extrair diretamente desta a possibilidade do caráter punitivo na indenização, como se posiciona André Gustavo Andrade. Ele sustenta que em conflito com estes, a legitimidade pode ser mitigada, superando a falta de normativa e justificando aplicação da função punitiva na indenização. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal seria base lógico-jurídica para esta sanção civil.³⁴

O autor supracitado se embasa em princípios como dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade, que justificariam para seu resguardo a aplicação de meios coercitivos na responsabilidade civil, reafirmando a necessidade da função pedagógica e dissuasiva para evitar reincidências. Mostra o autor a prevalência de princípios constitucionais, e uma necessidade de reação quando esses são violados, em especial a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade; que somente na punição encontram-se mecanismos que de forma eficaz os resguarde. Funcionando como “fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes de ofensor ou de terceiros que pudessem de comportar de forma igualmente reprovável”.³⁵

Entretanto, a função punitiva não pode ser usada deliberadamente. No entendimento de alguns autores, devem ser observados critérios que permitam a maior objetividade possível. Entre esses, podemos citar a culpa grave do autor e uma conduta censurável, conforme se entende do doutrinador Fernando de Noronha:

Há mesmo alguns danos em que uma natureza exclusivamente indenizatória da responsabilidade civil não seria suficiente para justificar a reparação. É designadamente o que acontece com os danos puramente anímicos (ou morais em sentido estrito) e com os danos puramente corporais, que propriamente não se indenizam, apenas se lhes dá uma satisfação compensatória, ainda que de natureza pecuniária, como veremos noutros capítulos [8.1.2; v.2, cap. 10]; é em especial na reparação desses danos que fica patente, mesmo que com relevo secundário, a finalidade de punição do lesante, sobretudo se agiu com forte culpa. Por outro lado, quando a conduta

³⁴ ANDRADE, André Gustavo. Dano moral & indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência da *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 237.

³⁵ Idem.

da pessoa obrigada à reparação for censurável, também é compreensível que a punição do responsável ainda seja uma forma de satisfação proporcionada aos lesados.³⁶

Caio Mário, neste caso citado por Cavalieri Filho, demonstra a sua posição pelo acolhimento da punição ao infrator no direito civil. Isso a título de satisfazer a vítima de um dano moral, amenizando a ofensa, ainda que o montante deva ser equitativo, evitando a capitação de lucro.³⁷

Para Judith Martins Costa e Maria Souza Pargendler, em casos que o dano for extrapatrimonial, não haveria necessidade de utilização do *punitive damages*, porquanto a aplicação do 944 do Código Civil, que prevê na indenização a limitação do dano, somente se estenderia para danos patrimoniais. Essa irrestrita margem de interpretação permitiria aos magistrados uma amplitude na quantificação da indenização que extrapolaria o simples ressarcimento permitindo a função punitiva na responsabilidade civil, não se confundindo com o *punitive damages* que necessitaria de base legal.³⁸

Emanando de uma lógica preponderantemente legal, aqueles contrários à aplicação da indenização punitiva, utilizam as normas vigentes para refutar qualquer possibilidade de fundamentação da utilização do instituto. A citação da ocorrência de enriquecimento ilícito, a geração de “indústria do dano” e falta de lei expressa que autorize a indenização punitiva são argumentos preponderantes, revelando-se uma base respeitável para este posicionamento.

Estruturalmente falando, os opositores da função punitiva demonstram a incoerência na confusão da esfera penal e civil, demonstrando que não caberia ao Direito Civil a responsabilidade de penalizar, pois isso prejudicaria sua função exclusivamente reparatória, desvirtuando-se do objetivo para o qual foi criado.

De ordem preponderantemente mais prática, observando os efeitos concretistas dos favoráveis à aplicação da função punitiva na responsabilidade civil brasileira, observa-se uma argumentação principiológica baseada nos fundamentos e princípios constitucionais e civis. Embasando-se na proteção de direitos da

³⁶ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 439-440.

³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva apud CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Maria Souza apud GUSMÃO, Ana Carolina de Souza Costa. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2015.

personalidade, na boa fé e na função preventiva da responsabilidade civil demonstram a necessidade aplicação em favor do equilíbrio das relações civis.

Há ainda autores que não apresentam absolutamente contra a recepção do *punitive damages*, em uma linha moderada. Eles expõem as inconsistências da atual aplicação na função punitiva no direito brasileiro, seus entraves e equívocos, como a possibilidade de aplicação sem fundamentação legal. São favoráveis à aplicação restritiva do instituto, usufruindo do *punitive damages* de maneira taxativa e respeitando a legalidade, o que poderia ser algo positivo e um avanço para a responsabilidade civil pátria.

Resta claro que essas posições dispõem de respeitáveis fundamentações. As correntes são no mínimo defensáveis, principalmente pela falta de normas expressas no assunto, o que permite contemplar amplos posicionamentos e interpretações. Notoriamente, é uma boa oportunidade para amadurecimento do tema, que possibilite num futuro definir a postura adequada para a responsabilidade civil.

2 O *PUNITIVE DAMAGES* E A APROXIMAÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

2.1 DEFINIÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES* NORTE AMERICANO

Aproveitaremos este tópico inicial para melhor definir o *punitive damages* de origem americana, havendo a pretensão de analisar similitudes no ornamento pátrio. Mostra-se interessante, ainda que brevemente, demonstrar os paradigmas adotados para este instituto nesta obra, compreendendo sua área de incidência, limites quantitativos, limites qualitativos e demais propriedades pertinentes.

O *punitive damages* desenvolveu sua forma mais moderna e complexa nos Estados Unidos, onde elevadas indenizações levantam polêmica e discussões. Com a evolução e amadurecimento, esta regra punitiva adquiriu diversas ramificações, as quais se adaptam conforme os casos concretos. Entretanto, a forma de atuação é uniforme: a elevação da indenização além da mera reparação. Sobre o “*modus operandi*”, Fábio Ulhoa Coelho afirma tratar-se de uma pena civil revertida à vítima, cujo objetivo é sancionar condutas específicas reprováveis.³⁹

Embora seja possível a condenação em *punitive damages*, isso somente é permitido em casos específicos, nos quais é considerada a conduta do autor do ilícito, que deve ultrapassar os limites toleráveis do comportamento esperado. Inclusive, há oportunidades em que o *punitive damages* é proibido, como engano, ignorância ou culpa simples. André Gustavo Corrêa de Andrade esclarece quando seria cabível no ordenamento estadunidense:

Os *punitives damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do Agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. Por conseguinte, segundo Linda Schlueter e Kenneth Redden, ficam de fora no

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 432.

âmbito dos *punitive damages*, as condutas lesivas decorrentes da ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*).⁴⁰

A competência para fixar a indenização no *punitive damages* cabe ao júri; este tem liberdade dentro de certos parâmetros para definir o *quantum* sancionatório da indenização conforme sua própria convicção de adequado, demonstrando a importância que é confiada ao grupo de jurados.⁴¹

Para evitar indenizações destoantes e condenações civis punitivas que extrapolem o que seria devido, a Suprema Corte Americana estabeleceu diretrizes que devem ser seguidas que estabelecem limites referentes ao quantitativo indenizável. Entre os critérios determinados está a verificação da reprobabilidade da conduta, que segue critérios específicos, a comparação entre multas civis e o determinado pelo Júri, assim como a desproporção entre o dano ou seu potencial e o valor da condenação a título de *punitive damages*. Depreende-se dos ensinamentos de Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler:

[...] a Suprema Corte houve por bem instituir as demais Cortes estaduais a considerar três diretrizes na fixação dos *punitive damages* para todos os casos futuros, a saber: I. O grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced an indifference to all a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente; II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; III. A diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes⁴²

A extensão de aplicação do *punitive damages* na responsabilidade civil no direito norte americano repousa quase que sobre sua totalidade. Não obstante, há áreas com destaque, como honra (*defamation*), erro médico (*malpractice*), acidentes

⁴⁰ ANDRADE, André Gustavo Correa, Indenização punitiva. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 23 abr. 2015.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. REVISTA CEJ, América do Norte, n. 28, p. 15-32, jan./mar, 2005.

de trânsito (*transportations injuries*), fraude (*fraud ou misrepresentation*) entre outros campos.⁴³

Resta claro que o *punitive damages* apresenta nos Estados Unidos um grande campo de atuação na responsabilidade civil, ocupando relevante papel no equilíbrio das relações civis. Apesar de apresentar certos parâmetros vinculativos impostos pela Suprema Corte, o júri apresenta grande grau de discricionariedade, porquanto os elementos de convicção estão atrelados ao livre convencimento individual.

Conquanto a vasta área de atuação e a possível amplitude quantitativa, o *punitive damages* encontra restrições, existindo excludentes que não permitem a punição. De modo geral, essas restrições ocorrem quando observada a boa-fé do causador do dano. Este instituto manifesta-se extremamente complexo, com alguns benefícios; entretanto, possui empecilhos que têm a capacidade de ofuscar as vantagens deste e causar desequilíbrios notáveis na responsabilidade civil.

2.2 NORMAS QUE APRESENTAM CARÁTER PUNITIVO E/OU APROXIMAÇÃO COM O INSTITUTO DO *PUNITIVE DAMAGES*

Já foi demonstrado a inexistência de normas gerais que especifiquem aplicação sancionatória no Direito Civil. Porém, em legislações específicas é notável a concepção punitiva nas indenizações determinada pelo legislador. Há pontos do ordenamento em que o legislativo teve a preocupação de maior rigor na imposição indenizatória, aderindo a penalidades civis e, até certo ponto, aproximando-se do conceito de *punitive damages*.

O artigo 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações, que posteriormente foi revogado pelo Decreto-lei n. 236, de 1967, levava em consideração para fixar o valor da indenização a posição política ou social do ofendido, a repercussão para a vítima, a gravidade da ofensa, a situação economia do ofensor e a intensidade do ânimo de ofender; esses dois últimos requisitos claramente fogem da intenção de colocar o indivíduo na situação que se encontrava antes, demonstrando uma intenção de penalizar o ofensor conforme a reprovação do ato e sua capacidade de evitá-lo:

⁴³ ANDRADE, André Gustavo Correa, Indenização punitiva. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 23 abr. 2015.

Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. (Revogado pelo Decreto-lei nº 236, de 28.2.1967)

§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr.

§ 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

No mesmo limiar, o artigo 53, inciso II, da Lei de Imprensa de 1967 trazia três parâmetros: a situação econômica do ofensor, o grau de dolo ou culpa do agente e a reincidência em condenação civil ou criminal, fugindo novamente da simples reparação do dano:

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II – A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Contraditoriamente, no artigo da Lei de Imprensa supracitada, o ordenador demonstrou que seu objetivo seria reparar o prejudicado, colocando-lhe no estado anterior. Resta claro que para isso não seria necessário levar em consideração a intensidade do dolo, grau de culpa e condenação anterior civil ou criminal do ofensor, deixando certa incerteza sobre a constituição da indenização, porquanto, ainda que o objetivo seja reparatório, é possível encontrar parâmetros que trariam à fixação da indenização um quinhão punitivo.

Art. 54. A indenização do dano material tem por finalidade restituir o prejudicado ao estado anterior.

Esses artigos demonstram a obscuridade que o tema foi tratado, que persiste até o presente, prova que divide opiniões de grandes doutrinadores como já exposto neste capítulo.

Encontramos o caráter punitivo reconhecido em diversas leis infraconstitucionais, como nos artigos 102 e 103 da Lei nº 9.610/98. No julgado infracitado há a demonstração da relevância do caráter punitivo nessa norma e sua função pedagógica e inibitória:

COMERCIAL. DIREITO AUTORAL. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA DE FOTOGRAFIA PARA ILUSTRAR CAPA DE GUIA RODOVIÁRIO. COMPOSIÇÃO DA CONDENAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS E SANÇÃO PELA CONDUTA ILÍCITA. LIMITES. 1. O art. 102 da Lei nº 9.610/98 fixa sanções cíveis decorrentes da violação de direitos autorais. A exegese desse dispositivo legal evidencia o seu caráter punitivo, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes. Tanto é assim que a sua parte final ressalva que as penas serão impostas, "sem prejuízo da indenização cabível". O art. 103 da Lei nº 9.610/98, por sua vez, assume também um caráter indenizatório, na medida em que prevê que a perda dos exemplares e o pagamento daqueles que tiverem sido vendidos se dê em favor da vítima. Realizando-se uma análise sistemática dessas normas, conclui-se que elas criam uma via de mão dupla: assim como poderá haver situações em que as sanções não compensarão de forma plena e satisfatória os prejuízos suportados pela vítima - exigindo complementação a título de indenização pelos danos sofridos - haverá casos em que a própria indenização já cumprirá a contento não apenas a função de ressarcir a vítima pelas suas perdas, como também de desencorajar a conduta ilícita.⁴⁴

O Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único do seu artigo 42, autoriza essa extrapolação ao firmar o valor da indenização, no qual o agente que cobrar quantia indevida deverá ressarcir em dobro. No final desse parágrafo único o legislador ainda ressalva casos em que seria justificável a cobrança equivocada, considerando a conduta do agente e o premiando nos casos em que atuou com boa fé.

O artigo supracitado evidencia a possibilidade de ir além do mero ressarcimento do dano sofrido, de voltar ao estado anterior ao dano, sem, contudo, causar enriquecimento sem causa, algo relativamente novo na responsabilidade civil, que apresenta como objetivo fundamental ressarcir estritamente o dano sofrido.

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

⁴⁴ STJ, REsp 1367021, RS 2012/0253397-2, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 12/09/2013.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Esta forma de punição múltipla coaduna-se com uma das primeiras formas de punição do direito inglês: no Statute of Councester de 1278, segundo Judith Martins costa e Mariana Souza Pargendler, já estava prevista a possibilidade de imposição de indenização múltipla ao dano sofrido.⁴⁵

Apesar de não se tratar propriamente de indenização, no Código de Processo Civil encontramos uma espécie de punição com objetivos claramente preventivos, nas chamadas *astreintes*, por meio das quais é permitido ao juiz a fixação de um valor com caráter dissuasivo, a título de multa, a fim que quite a obrigação devida.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...] § 4º O juiz poderá na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Paulo Nader demonstra a existência de um “enriquecimento sem causa” na aplicação das *astreintes*, já existindo no direito brasileiro uma penalidade por não cumprimento de uma obrigação que objetiva a prevenção, prevenção, esta, característica do *punitive damages*, entretanto, mesmo com estas similitudes, este instituto é rejeitado no sistema jurídico nacional:

Embora o sistema jurídico pátrio rejeite o enriquecimento sem causa, não comportando, pois os *punitive damages*, em contrapartida, na esfera processual civil admite *astreintes* – penalidade estipulada pelo juízo para a hipótese de descumprimento de obrigação, geralmente de fazer ou não fazer, cujo valor é progressivo, pois fixado em dias-multa ou periodicidade diversa. Como o descumprimento prolongado da obrigação pode levar a pena pecuniária a valores exorbitantes, as *astreintes* possuem efeito preventivo

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Sousa. Usos e abusos da função punitiva. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 20 maio 2015.

contra a inadimplência. E, como tais valores são revertidos ao credor, tem-se a possibilidade de configuração de enriquecimento injusto na prática.⁴⁶

Depreende-se desses artigos que o legislador brasileiro acredita na possibilidade da função punitiva no direito; entretanto, só é possível utilizá-la para casos amparados por normas que as autorize. Necessita-se, então, de inovação legislativa para permitir a punição em hipóteses não previstas em lei.

Conquanto a interpretação pela restringibilidade da função punitiva apresente-se superiormente plausível, com a quantidade considerável de artigos que apresentam o caráter penal – e a prolongação desses durante décadas – está demonstrado que esse instituto não é algo recente na realidade brasileira. Certamente, o tema é atual e digno de relevância. Contudo, não podemos considerar a sua existência e utilização como algo inovador. Este instituto tem se destacado, entre outros fatores, por ser altamente controverso.

2.3 CASOS DE APLICAÇÃO DO PUNITIVE DAMAGES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Verificar a utilização do *punitive damages* na jurisprudência brasileira é tarefa complexa. A recepção desse instituto ocorre sem muito rigor científico, motivo pelo qual esse é importado com várias acepções, funções e objetivos. Até por não existir legislação brasileira no assunto, há uma mistura de fundamentos que norteiam a função punitiva, restando muitas vezes prejudicada a observação do nível de aceitação do *punitive damages*.

O objetivo deste tópico é proporcionar uma visão geral do momento histórico que se encontram os tribunais quanto à aplicação do *punitive damages* norte americano e, ainda que dificultoso, entender o grau de aproximação que a jurisprudência brasileira se encontra com este.

Para iniciarmos a demonstração jurisprudencial, é oportuno frisar que no direito brasileiro a competência para fixação da indenização é do magistrado, que não está adstrito nem pelo acolhimento ou não do *punitive damages*, nem no valor do montante a ser fixado a este.

⁴⁶ NADER, Paulo, Curso de Direito Civil, v. 7, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.17.

No julgado subscrito observamos o emprego do *punitive damages* a uma instituição bancária onde ocorreu um assalto. Na oportunidade, condenou-se a instituição a uma punição civil porquanto infringiu regras de segurança que deveriam ser observadas. Citando diretamente o instituto, o acórdão relata a teoria do desestímulo para evitar a reincidência do ilícito, esta, podendo ser entendida como sinônimo da teoria *punitive damages*:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ASSALTO A ESTABELECIMENTO BANCÁRIO - EMPREGADO - APLICAÇÃO DA TEORIA PUNITIVE DAMAGES OU EXEMPLARY DAMAGE - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DOS ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL 2002. Uma vez demonstrado nos autos que a instituição financeira olvidou regras de segurança, as quais teria o dever de observar (Lei 7.102/83, com redação dada pela Lei 9.017/95, arts. 1º e 2º) e preenchidos os requisitos do art. 159 do CC-1916 aplicável em razão da intertemporalidade da norma, deve a fixação do quantum relativo ao dano moral proveniente de assalto ao posto de atendimento bancário observar, além do dano em si considerado e a capacidade econômica da instituição financeira, a teoria do desestímulo, de forma a servir de exemplo para que o causador do dano não reincida (*punitive damages ou exemplary damage*) a prática omissiva de forma a prevenir a ocorrência de futuros e semelhantes casos.⁴⁷

Na mesma linha, foi aplicada a teoria do *punitive damages* no caso infracitado. Neste há a intenção de aproveitar a punição como imposição para inibir a reincidência da violação, no caso, futuras ocorrências de acidentes de trabalho por inobservância de normas de segurança e acidente de trabalho:

ACIDENTE DE TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - APLICAÇÃO DA TEORIA PUNITIVE DAMAGES OU EXEMPLARY DAMAGE - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DOS ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E DOS ART. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL 2002. Uma vez demonstrado nos autos que o autor sofreu acidente em decorrência da sua prestação de serviços à reclamada, a qual olvidou-se de observar normas de segurança e medicina do trabalho a que estava obrigada por força do art. 157, I e II, da CLT, agindo, em consequência, com culpa in vigilando e culpa *in omittendo*, encontram-se preenchidos os requisitos do art. 159 do CC/1916, assim como do art. 186 do CC/2002, razão pela qual está obrigada a indenizar o dano experimentado pelo autor, nos termos do artigo 927 do CC. A fixação do quantum relativo ao dano moral proveniente do acidente de trabalho deve observar, além do dano em si considerado e a capacidade econômica da reclamada, a teoria do *punitive damages ou exemplary damage*, de forma a servir a sua imposição em exemplo para a não reincidência pelo causador do dano e também para prevenir a ocorrência de futuros casos de lesão.⁴⁸

⁴⁷ TRT-2 - RO: 1707200400323009 MT 01707.2004.003.23.00-9, Relator: JUIZ CONVOCADO PAULO BRESOVICI, Data de Julgamento: 13/06/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/06/2006.

⁴⁸ TRT-2 - RO: 1363200505123002 MT 01363.2005.051.23.00-2, Relator: JUIZ CONVOCADO PAULO BRESOVICI, Data de Julgamento: 01/08/2006, 1ª Turma, Data de Publicação: 14/08/2006.

Há uma tendência pela vinculação do *punitive damages* ao caráter inibitório da sua aplicação, restando clara a preponderância desse objetivo para os que o aplicam. O tribunal mais importante deste país, o Supremo Tribunal Federal, utilizou o caráter punitivo da indenização como algo inerente ao *punitive damages*, como se pode inferir no julgado infracitado. Veja-se que neste aresto ressaltou-se que a indenização possui uma divisão, uma dupla função: a compensatória e a punitiva inibitória.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (A) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (" EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES ") E (B) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.⁴⁹

A incidência do *punitive damages* nas decisões não ocorre de forma isolada; é verossímil o montante substancial de ações que possuem indicação pela recepção do instituto e sua possibilidade no ordenamento brasileiro e muitos tribunais do país. Embora as fundamentações variem, e a ampla gama de interpretações, observa-se uma predominância do objetivo inibitório e pedagógico da punição. Ainda que existam muitas terminologias para isso, o propósito central é a educação e prevenção de novos ilícitos.

Em consonância com o parágrafo supracitado, despontam-se julgados acolhendo o *punitive damages* em diversos tribunais do país. No julgado citado abaixo, de um dos tribunais mais tradicionais do país, o de São Paulo, destaca-se a natureza sancionatória quanto à fixação dos valores da indenização:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFONIA MÓVEL INSCRIÇÃO INDEVIDA NO ROL DE INADIMPLENTES DANOS MORAIS. Cobrança indevida realizada pela Ré, ensejando a negativação do nome do Autor dano moral presumido (in re ipsa) natureza compensatória e sancionatória (punitive damages) da indenização redução do quantum indenizatório para R\$ 4.000,00, com observação dos princípios da razoabilidade e

⁴⁹ STF - AI 455.846/RJ, rel. Min. Celso de Melo, DJ 21.10.2004.

proporcionalidade. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO, sem alteração do resultado do julgado.⁵⁰

Entre outros fundamentos e propósitos, atenta-se para jurisprudência que emprega o *punitive damages* em múltiplos tribunais das unidades federativas, tais quais o de Santa Catarina, do Rio de Janeiro e do Pará, como é deflagrado em feição demonstrativa nos respectivos acórdãos abaixo relacionados:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA DE FACTORING ENDOSSATÁRIA PELO PROTESTO EVIDENCIADA - AUSÊNCIA DE CAUTELA NA REALIZAÇÃO DO ATO - COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ - PRESCINDIBILIDADE - DEVER DE INDENIZAR INAFASTÁVEL - DANO MORAL IN RE IPSA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - OBSERVÂNCIA À TEORIA DO PUNITIVE-DAMAGES - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. A responsabilidade da empresa de factoring endossatária pelo protesto de duplicata sem causa decorre da ausência de cautela na averiguação da sua origem. Ademais, podendo a empresa, na qualidade de proprietária do título, cobrar o crédito e efetuar o protesto da cártula, deverá responder pelos atos oriundos da transação mercantil. O protesto de título pago no vencimento gera ofensa moral indenizável, dispensada sua comprovação, porque presumido (in re ipsa). Na fixação do quantum indenizatório, o magistrado deve sopesar a situação financeira das partes, o abalo experimentado pela vítima, a duração do dano, a fim de proporcionar uma compensação econômica para esta, sempre em atenção ao caráter pedagógico-punitivo da medida (teoria do punitive-damages), impedindo a prática de tais ilícitos.⁵¹

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. UNIMED. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLEITO AJUIZADO POR NETAS DE TITULAR DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE COLETIVO, OBJETIVANDO A MANUTENÇÃO DO PLANO CONTRATADO ORIGINALMENTE POR 5 ANOS APÓS O FALECIMENTO DO TITULAR, SEM QUALQUER CONTRAPRESTAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO PARA ASSEGURAR A MIGRAÇÃO PARA PLANO INDIVIDUAL COM A MANUTENÇÃO DA COBERTURA ANTERIOR, MEDIANTE O PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO RESPECTIVA. INCONFORMISMO DA DEMANDADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 30 DA LEI N.º 9.656/98. EM CASO DE MORTE DO TITULAR, O DEPENDENTE PODERÁ MANTER O PLANO DE SAÚDE NAS MESMAS CONDIÇÕES DO CONTRATO ANTERIOR (SÚMULA Nº 13/2010 ANS), DESDE QUE ASSUMA O PAGAMENTO INTEGRAL DAS MENSALIDADES. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE ESTADUAL. DANO MORAL EVIDENCIADO PELA ANGÚSTIA E INCERTEZA ACERCA DA MANUTENÇÃO DA COBERTURA CONTRATADA O QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DO MERO ABORRECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO ACERCA DA EXTINÇÃO DA COBERTURA CONTRATUAL QUE CORROBORA A LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE E JUSTIFICA A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS PUNITIVE DAMAGES. PRECEDENTES. FIXAÇÃO DA

⁵⁰ TJ-SP - APL: 1412021820078260002 SP 0141202-18.2007.8.26.0002, Relator: Berenice Marcondes Cesar, Data de Julgamento: 30/10/2012.

⁵¹ TJ-SC, AC 229320 SC 2005.022932-0, Segunda Câmara de Direito Comercial. Relator: Wilson Augusto do Nascimento, Data de Julgamento: 29/09/2009.

VERBA COMPENSATÓRIA EM R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS) PARA CADA DEMANDANTE. IMPORTÂNCIA QUE, NO CONTEXTO DOS AUTOS, REVELA-SE COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, ALÉM DE REFLETIR A MÁDIA ARITRADA EM CASOS ANÁLOGOS. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO E PROVIMENTO DO SEGUNDO.⁵²

Assevero, nesse diapasão, que o julgador, ao analisar o quantum indenizatório, deve alinhar-se à aplicação da teoria do desestímulo ou *The Punitive Damage*, observando critérios de proporcionalidade e razoabilidade, exprimindo o valor a indenizar caráter repressivo e pedagógico. Isto é, para que se compense efetivamente a vítima e, ao mesmo tempo, tenha-se exemplarmente punido o injusto do ofensor, é necessário que a indenização por dano moral venha a pesar no seu bolso, servindo a ele e à sociedade, como um poderoso fator de desestímulo a novas práticas ilícitas. [...] A extensão do dano moral tem que considerar não apenas a vítima é agredida quando ocorre uma violação/agressão a direito da personalidade, mas toda a sociedade e o próprio Estado Democrático de Direito. Realmente a sociedade está reunida em função e o Estado Democrático de Direito está fundado no respeito à dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da CF). Por isso consagra-se o princípio do *punitive damage*, ou seja, que, além do valor fixado pelo dano sofrido pela vítima, há o necessário acréscimo na fixação da extensão e valor do dano cujo objetivo e interesse da sociedade é no sentido de que o agressor não volte a repetir o ato contra qualquer pessoa e não apenas contra a vítima.⁵³

Resumidamente aproveitaremos esses três acórdãos supracitados para elencar alguns pontos interessantes, além de já demonstrar o sortimento de aspectos que envolvem o assunto. Inicialmente, levanta-se o destaque para o caráter punitivo pedagógico, que não só é encontrado nestes julgados, mas em grande parte da jurisprudência referente ao *punitive damages*. Há menção da proporcionalidade e razoabilidade, balizadores costumeiramente citados na busca de uma indenização equitativa. Também encontramos na justificação da aplicação do instituto a violação de direitos da personalidade e da dignidade do ser humano, sendo então imperativo um acréscimo na indenização a título punitivo, esse também justificado pelo caráter social que o dano representa, extrapolando assim a mera esfera individual.

Em apenas três julgados verificamos distintas justificativas e finalidades do *punitive damages*, confirmando que a aplicação deste instituto não apresenta um padrão exato. Embora existam alguns preceitos que se encontram na maioria das decisões, o assunto encontra-se em uma diversificação considerável, a qual pode

⁵² TJ-RJ, APL 02547460620128190001 RJ 0254746-06.2012.8.19.0001, Relator: DES. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA, VIGÉSIMA SEXTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Julgamento: 09/01/2014.

⁵³ TJ-PA, 201230251493, Relator: CLAUDIO AUGUSTO MONTALVAO DAS NEVES, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Julgamento: 13/09/2013.

gerar diversos efeitos na realidade jurídica e econômica brasileira, tema que será tratado posteriormente nesta obra.

No acórdão seguinte, do relator Fabio Vieira Heerdt, é demonstrada toda a acepção deste magistrado sobre o *punitive damages*. A decisão merece destaque pela profundidade que tratou o tema, demonstrando os fundamentos e fins do *punitive damages*. Minuciando a decisão, há uma demonstração do objetivo preventivo do instituto e do desestímulo que este pode causar. Outro ponto importante neste julgado é a concepção pela maximização dos efeitos da decisão judicial, no caso, aplicados aos direitos fundamentais e do consumidor:

A ideia é punir-se com rigor o causador do dano, de forma pecuniária, destinando-se o montante indenitário diretamente à vítima. Em alguns casos, além da vítima, instituições de caridade podem ser premiadas com a punição do ofensor, ou, até mesmo o Fundo dos Direitos do Consumidor.

Óbvio que o apregoadado critério punitivo não poderá deixar de considerar a fortuna patrimonial do ofensor. Quanto maior esta for, maior deverá ser a indenização, para que esta possa surtir efeito. Indenizações de pequena monta não constituem punição alguma aos conglomerados econômicos.

Na exemplary damage, a indenização por dano moral atende ao fim social de que trata a Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que, supostamente, influenciará como desestímulo.

A questão do enriquecimento ilícito da vítima. Ora, se este eventual enriquecimento ocorrer nada mais será do que mero desdobramento da punição do ofensor, algo, portanto, perfeitamente justo. Ainda mais que a indenização por dano moral não atua como repositório da perda, em face de seu caráter compensatório. Ou seja, não se está obrigado a apurar a indenização até o valor da recomposição do dano.

Princípio da efetividade da decisão judicial que merece ser avivado, mediante a proteção à defesa do consumidor e a compensação do dano moral, direitos fundamentais.⁵⁴

O intento deste tópico é abordar as principais linhas de utilização do *punitive damages* e estabelecer um paralelo com a aplicação nos Estados Unidos. Entretanto, é prudente esclarecer que parcela dos tribunais não aceita o *punitive damages* na realidade brasileira, ocorrendo uma divisão na jurisprudência nacional. Essa fragmentação e a insegurança jurídica serão tratadas em tópico específico no capítulo subsequente, o qual também será aproveitado para corroborar o entendimento do atual cenário aplicativo do *punitive damages*.

Pelo que foi exposto neste capítulo, verificou-se um distanciamento entre a aplicação do *punitive damages* no direito norte americano e no direito brasileiro, principalmente tratando-se dos procedimentos de aferição deste.

⁵⁴ TJ-RS Apl. 71003706256, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Julgamento: 13/10/2011.

Um dos grandes diferenciais é a competência de fixação do *punitive damages*: nos Estados Unidos esta responsabilidade fica creditada a um júri composto para esta finalidade, enquanto que no Brasil fica a critério do magistrado, que, com sua autonomia e convencimento, pode adotar ou não o *punitive damages*.

O maior enraizamento na cultura norte americana do *punitive damages* em detrimento da experiência brasileira é evidente. Nos Estados Unidos já é tradição a sua acepção. Talvez isso reflita na desigualdade do emprego do instituto nesses países. Há no sistema americano uma maior previsibilidade dos casos que se enquadrariam na aplicação do *punitive damages*, havendo critérios mais definidos (como demonstrado no primeiro tópico deste capítulo), enquanto na realidade brasileira os quesitos ainda não se encontram nesse patamar de maturidade.

Resta claro persistir diversos aspectos que distanciam o emprego do *punitive damages* nos Estados Unidos e no Brasil, como já demonstrado, entretanto observa-se alguns pontos em comum. Talvez o principal aspecto comum é a finalidade: em ambos os países a intenção é proporcionar uma penalidade perante o infrator para que este se sinta coagido, evitando novas reincidências, em uma pedagogia repreensiva. Este objetivo é encontrado em grande parte dos julgados que aplicam o *punitive damages*, embora a terminologia seja variável – exemplo, desestímulo, pedagógico, educativo, inibitório.

Depreende-se neste tópico, conjuntamente com os demais deste capítulo, que a utilização do *punitive damages* na realidade brasileira não é algo incomum, além de existir normas para casos específicos, há uma jurisprudência considerável no assunto. Pode-se aferir também que estamos relativamente distantes da configuração do instituto ao comparar com os Estados Unidos. Apesar de possuir propósitos semelhantes, não dispomos da previsibilidade formal e material americana, o que pode ser prejudicial para a segurança jurídica brasileira, principalmente para certas demandas específicas, tema este que será abordado nos próximos capítulos.

3 INSEGURANÇA JURÍDICA DO CARÁTER PUNITIVO: A AMEAÇA DE DETURPAÇÃO DA INDENIZAÇÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, INDEFINIÇÕES E COMPLEXIDADE DE ENTENDIMENTOS

Com a diversidade de correntes doutrinárias e a falta de uma normatização específica, a jurisprudência brasileira permitiu que fossem adotadas duas interpretações quanto à indenização punitiva: pela possibilidade e pela impossibilidade. Essa dupla concepção convive concomitantemente nos tribunais brasileiros, apresentando certa dificuldade para conferir uma prevalência.

Denota-se que a adoção da função punitiva da responsabilidade civil pelos tribunais é considerada algo um tanto moderno; tradicionalmente os magistrados que negam essa possibilidade tendem a serem compreendidos como conservadores, porquanto normalmente conferem somente a função clássica da indenização, a reparatória.

É possível encontrar julgados em ambos os sentidos nos tribunais, diferindo em suas interpretações, sendo isto algo relativamente costumeiro. A dualidade de correntes jurisprudenciais pode representar perspectivas diferentes, uma proveniente da maturidade do judiciário de rever suas orientações e outra de insegurança jurídica.

O ponto positivo seria a capacidade do Judiciário de trazer respostas dentro de sua atribuição, a possibilidade de reinterpretar e se posicionar mesmo com falta de normas, mesmo que posteriormente represente a confirmação que o significado anterior se apresentava mais adequado. Por outra visão, depreende-se que a falta de

similitude das decisões pode originar a inexistência de uma jurisprudência pacífica que possibilite a já citada segurança jurídica.

Podemos observar que no STJ há entendimentos que reconhecem o duplo caráter de funções na indenização da responsabilidade civil. Nos julgados subsequentes há claras referências à função da lei, a duplicidade de objetivos e há ainda uma tendência por eleger a proporcionalidade como critério de fixação e equilíbrio nas indenizações civis:

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser íntimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.⁵⁵

O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração.⁵⁶

O STJ se julga competente para evitar excessos na indenização, para evitar desequilíbrios nas relações civis, tanto nos exorbitantes quanto nos irrisórios. Sendo um revisor do montante fixado pelos magistrados nos tribunais, esse órgão admite os parâmetros compensatório e punitivo; este último, entretanto, depreende-se que possui uma aceitação mitigada e não é possível deixar de aplicá-lo – no entanto, quando utilizado, deve ser de forma moderada. Os próprios julgados do STJ reconhecem essa postura quanto à fixação da indenização:

A jurisprudência deste STJ firmou-se no sentido de que a revisão do arbitramento da indenização somente é admissível nas hipóteses de determinação de montante exorbitante ou irrisório, uma vez que tais excessos configuram flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na presente hipótese o valor da condenação por danos morais encontra-se dentro dos parâmetros legais, atendendo ao dúplice caráter daquela condenação, tanto punitivo do ente causador quanto compensatório em relação à vítima.⁵⁷

⁵⁵ STJ. Recurso Especial 487749/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJU de 12.05.2003.

⁵⁶ STJ. Recurso Especial 183508/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJU de 10.06.2002.

⁵⁷ STJ. REsp 763.531/RJ. 2. T. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias - Convocado do TRF da 1ª Região, j. 15 abr. 2008.

Entretanto, nos julgados do STJ existe um alinhamento: neste há correntes doutrinárias que encontram no ordenamento entraves legais que impossibilitam a aplicação deliberada da função punitiva na responsabilidade civil. Nos julgados supracitados é citado o impedimento por violar o artigo 884 do Código Civil, que expressamente proíbe o enriquecimento sem causa, impedindo, assim, indenizações vultuosas:

A aplicação irrestrita das *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.⁵⁸

Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. 14. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. 15. *In casu*, o Tribunal a quo condenou à empresa ré em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) corrigidos, valor que, considerados os critérios utilizados por este STJ, se revela excessivo.⁵⁹

Novamente, fica evidente que o tema não resta plenamente pacífico, não existindo segurança jurídica quanto à estipulação da indenização. No próprio STJ, que seria o responsável por zelar pela uniformidade das interpretações legais, as decisões não se explicitam totalmente planificadas. Há incertezas no ajuste do valor indenizatório, já que a utilização da função punitiva estaria vinculada a critérios de interpretação e proporcionalidade do magistrado.

Depreende-se até certa contradição ao assumir a função punitiva como parâmetro limitador. Não é oportuno assumir o artigo 844 do Código Civil, que veda o enriquecimento sem causa, como limite prudencial, porquanto esse poderia ser argumento como óbice para o critério punitivo e não para demarcar uma fronteira razoável para a indenização.

O STJ, que teria a competência e a capacidade de orientar pela incidência ou não da função punitiva, acaba por refletir as incertezas apresentadas pelas normas e

⁵⁸ STJ. Ag. Reg. no Ag. nº 850.273/BA. 4. T. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro - Desembargador convocado do TJ/AP, j. 24 ago. 2010.

⁵⁹ STJ, REsp 401358 PB 2001/0169166-0, Rel. Ministro Cralos Fernando Mathias, j. 16/03/2009.

doutrinadores, demonstrando que é necessário um processo de amadurecimento no assunto, que atualmente se retrata incerto.

No Tribunal do Estado de Minas Gerais encontramos acórdãos que se posicionam favoráveis e contrários à aplicação punitiva na responsabilidade civil. Entretanto, esse duplo posicionamento não é a única divergência entre as câmaras. Dentro do grupo dos que apoiam e do grupo dos que rechaçam a possibilidade de utilização do instituto, há ampla gama de argumentos que revelam correntes de interpretações que singularizam a intensidade e fundamentação de seu posicionamento.

No acórdão mineiro infracitado há citação do *punitive damages* americano. Nele, são consideradas as peculiaridades do caso concreto para construir o montante indenizatório que propõe uma percepção sancionatória. No mesmo julgado há também referência ao caráter pedagógico da indenização, depreendendo-se que esses critérios podem ser utilizados inclusive conjuntamente:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMPEDIMENTO DE EMBARQUE DO PASSAGEIRO - VÔO CHEIO - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - ABORRECIMENTOS E FRUSTAÇÃO QUE SE CARACTERIZAM COMO OFENSA À PERSONALIDADE E IMPÕEM O DEVER DE INDENIZAR - QUANTUM INDENIZATÓRIO. Levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, a nível de orientação central, a ideia de sancionamento ao lesado (ou *punitive damages*, como no direito norte-americano).

É justamente em virtude do caráter pedagógico da indenização por danos morais, ou seja, em virtude da necessidade de que tal indenização seja sentida no patrimônio do lesante, conscientizando-o de que não deve reiterar a conduta ilícita, sopesando ainda a condição pessoal do ofendido, as circunstâncias do caso, e principalmente a gravidade do dano, que autorizam a manutenção da indenização no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quantum este até abaixo ao que o C. STJ vem fixando para casos de tal jaez, bem como adequado e justo para a hipótese em comento.⁶⁰

Entretanto, no mesmo Tribunal, é possível observar divergência na fundamentação das câmaras, afirmando a impossibilidade de aplicação do *punitive damages* no ordenamento pátrio e, conseqüentemente, indenizações excessivas; porém, admite o caráter pedagógico da indenização. Entende-se do acórdão seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ABALROAMENTO - VEÍCULO DE

⁶⁰ TJMG. AC 10024103042982001. Rel Des. Domingos Coelho, j. 31/01/2014.

PROPRIEDADE DE MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 37, § 6º, DA CF/88 - FALECIMENTO DE VÍTIMA - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - 1 Tribunal de Justiça de Minas Gerais INDENIZAÇÃO - MONTANTE INDENIZATÓRIO - ADEQUAÇÃO - DANO MATERIAL - REPARAÇÃO - FIXAÇÃO SEGUNDO AS EVIDÊNCIAS APRESENTADAS AOS AUTOS - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - REFORMA PARCIAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PREJUDICADO. - No dano moral, o direito pátrio não adotou a técnica das '*punitive damages*' ou indenização punitiva, própria do sistema anglo-saxão da '*common law*', que enseja indenizações exacerbadas, mas privilegiou o caráter pedagógico e compensatório da indenização.⁶¹

Os desembargadores do Tribunal de Minas Gerais trazem como fundamentação para negar a aplicação do *punitive damages* argumentos presentes nas doutrinas brasileiras. Observa-se nos trechos dos acórdãos infracitados a citação da violação da legalidade, consagrada no artigo 5º da CF/88 e também a impossibilidade de sanção penal da esfera cível, que não tem o dever e pretensão punitiva.

Assim, não vislumbro a aplicabilidade dos *Punitive Damages* no ordenamento jurídico brasileiro, até porque diante do que defende a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX, "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", neste sentido não poderá haver a aplicação de uma punição, sem que o ordenamento jurídico reconhecesse esta punição, e até os dias atuais não existe tal previsão."⁶²

[...] Assim também ocorre com o dano moral. Fixando-se indenizações altíssimas, o juiz estará distanciando da prestação jurisdicional da real necessidade do ofendido e impondo punição indevida ao ofensor, posto que, como já exposto, isso não é tarefa da justiça cível."⁶³

Em São Paulo é visível nos acórdãos da corte recursal a utilização do caráter sancionatório em conjunto com o compensatório, como se observa no julgado seguinte, no qual aparentemente este primeiro é usado como sinônimo de *punitive damages*:

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFONIA. Manutenção do nome da Autora junto aos serviços de proteção ao crédito, mesmo após o pagamento da primeira parcela do acordo enviado pela Ré danos morais ocorrência natureza compensatória e sancionatória (*punitive damages*) da indenização fixação do quantum indenizatório para o montante de R\$ 5.000,00, corrigido a partir desta decisão colegiada e acrescido de juros de mora a contar da citação. Inversão do ônus

⁶¹ TJ-MG. AC: 10396110033281001 MG, Relator: Barros Levenhagen, j. 23/05/2014.

⁶² TJMG. AC 10701120060671001. Rel. Des. Alexandre Santiago, j. 31/03/2014.

⁶³ TJMG. AC 1.0105.07.234571-0/003. Rel. Des. Pedro Bernardes, j. 19 jul. 2010.

da sucumbência- reforma da r. sentença. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.⁶⁴

No Tribunal paulista, igualmente ao de outros estados, há divergência de interpretações e consequentemente de jurisprudência. Diferentemente da decisão já citada do mesmo órgão, o acórdão subsequente refuta a recepção no ordenamento pátrio da teoria do *punitive damages* e indica a restrição ao enriquecimento sem causa, expressa no artigo 884 do Código Civil. Entretanto, admite o papel preventivo da indenização, evitando a reincidência de ilícitos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Vícios inexistentes. Pretensão ao reexame da causa. Impossibilidade. Inadequação da via recursal. Omissão em relação à função punitiva dos danos morais. Danos morais possuem função compensatória, embora não se negue a ela um papel preventivo, no sentido de deter a prática de novas condutas nocivas. Ordenamento pátrio que não recepcionou o "Punitive Damages" do direito norte-americano. Ainda que assim não fosse, a pretensão do embargante não prosperaria em razão da vedação ao enriquecimento sem causa. Art. 884 do CC . Desnecessidade do julgado se manifestar a respeito de todos os pontos suscitados pelas partes. Embargos rejeitados.⁶⁵

A aplicação do *punitive damages*, ainda que de forma não igualitária ao direito norte americano, é usada como referência em julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, como vemos no próximo acórdão apresentado, que cita o instituto estadunidense para quantificar a indenização:

APELAÇÃO CÍVEL - DÉBITO FISCAL JÁ PAGO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CABIMENTO - RESPONSABILIDADE CÍVEL DO MUNICÍPIO - NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. Se da prática do ato ilícito sobrevêm constrangimentos e humilhações ao ofendido, estando demonstrado o nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pela Administração e o dano provocado a terceiro, há que se aplicar a teoria do risco administrativo, inserida no art. 37, § 6º , da Constituição da República Federativa do Brasil , com a consequente indenização. INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA VERBA - DIREITO COMPARADO. Para aferição dos fatores determinantes do prejuízo moral, deve o juiz, em se valendo da experiência e do bom senso (art. 335, CP), aplicar o princípio *arbitrium boni viri*, exteriorizado pela doutrina e pela jurisprudência, nas circunstâncias do caso concreto (*case law*), na gravidade do dano, nas condições do lesante e do lesado (*punitive damages*, como no direito da *Common Law*) e nas demais causas eficientes na produção da ofensa, sendo a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º , V , CRFB

⁶⁴ TJ-SP - APL: 00459792520128260564 SP 0045979-25.2012.8.26.0564, Relator: Berenice Marcondes Cesar, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 09/12/2014.

⁶⁵ TJ-SP - ED: 01109938720128260100 SP 0110993-87.2012.8.26.0100, Relator: Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 20/05/2014.

) e apta a servir de elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, impedindo, desta forma, a recidiva.⁶⁶

Entretanto no mesmo tribunal, há julgados que expressamente vedam aplicação do *punitive damages*, encontrando no enriquecimento sem causa óbice para esse mecanismo. No acórdão citado abaixo, fundamenta-se pela incompatibilidade desse instituto com o Código Civil de 2002:

APELAÇÕES CÍVEIS. DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. DANOS MORAIS. RESCISÃO CONTRATUAL. REGULARIDADE. DÉBITO POSTERIOR AO ENCERRAMENTO DO CONTRATO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ CONFIGURADA. VALOR INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO INADEQUADA. ELEVAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL CORRETO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. NECESSÁRIA READEQUAÇÃO. RECURSO DEFLAGRADO PELA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. RECLAMO DEDUZIDO PELA DEMANDADA NÃO AGASALHADO. [...] 7. O critério que vem sendo utilizado por esta Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 8. Ressalte-se que a aplicação irrestrita da *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.⁶⁷

Não é diferente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. É possível contemplar acórdãos favoráveis e contrários à função punitiva. Denota-se dos acórdãos infracitados que o primeiro admite a função punitiva e pedagógica, mas não a adota como sinônimo de *punitive damages*. Já no segundo julgado, o magistrado critica duramente o critério punitivo, julgando ser possível somente a reparação dos danos porquanto conformidade com o artigo 944 do Código Civil.

Inexistindo sistema tarifado, a fixação do montante compensatório está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Atenção aos critérios apontados pela doutrina e precedentes da jurisprudência. Necessidade de o montante ser suficiente para compensar a ofensa e bastante para cumprir o seu caráter punitivo-pedagógico, que não se confunde com o princípio do “*punitive*

⁶⁶ TJ-SC - AC: 62249 SC 2004.006224-9, Relator: Volnei Carlin, Primeira Câmara de Direito Público, Data de Julgamento: 26/04/2005.

⁶⁷ TJ-SC, 20130228419 Relator: Trindade dos Santos, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado, Data de Julgamento: 05/03/2014.

damages”, vigente no Direito Norte-Americano. *Quantum* estabelecido na sentença – R\$ 10.000,00 para cada autor – razoável ao caso em concreto.⁶⁸

Rejeita-se, portanto, a ideia importada do direito estadunidense dos *punitive damages*. Dano não é punição. Dano é desfalque, moral ou patrimonial. Não pode servir de forma de punição para os culpados por sua ocorrência senão quando efetivamente existente uma lesão a direito, e no caso de dano moral, essa lesão deve atingir direito da personalidade.

Diz-se que se trata de arbitramento porque aqui, na lacuna da Lei, o julgamento deverá ocorrer por equidade. Não se exige o juiz de julgar alegando lacuna de normas, devendo socorrer-se de seus próprios critérios e de sua prudência, a fim de se determinar qual o montante devido a título dessa indenização.

Esses mencionados critérios estão basicamente vinculados a um tripé, também dito tríplice função do dano moral: reparatória, pedagógica e punitiva. Discordo, no entanto, desses critérios. Toda indenização, seja sobre qual natureza de dano versar, possui apenas caráter de reparação dos danos, a teor, inclusive, do disposto no artigo 944 do Código Civil/02. Qualquer interpretação diversa é indevida introdução de critérios alienígenas, dentre os quais se destacam as “*punitive damages*”, oriundas do direito norte-americano e de onde, certamente, provém o critério punitivo, considerado pela jurisprudência.⁶⁹

Resta claro que a jurisprudência existente referente ao caráter punitivo na responsabilidade civil é farta. Inúmeros são os argumentos e posicionamentos adotados pelas câmaras dos tribunais brasileiros e pressupostos relevantes são levantados por ambos os lados.

Considerando a ampla gama de fundamentos existentes e a liberdade dos magistrados, esses adotam teorias notoriamente aceitáveis. Com a falta de previsão legal expressa, mesclam justificativas e criam combinações quase intermináveis de interpretações. Infelizmente, isso gera uma grande insegurança jurídica no direito brasileiro, porquanto não há uma orientação pacífica do STJ, nem mesmo nos próprios Estados.

Depreende-se dos acórdãos citados que é a prática nos tribunais brasileiros não encontrar consenso entre os tribunais estaduais e de igual forma entre as câmaras dos seus órgãos colegiados. Isso implica não somente em incertezas de decisões favoráveis ou contrárias à função punitiva civil, mas também em intensidades diferentes de aceitação e repúdios desta, o que reflete diretamente na indefinição do montante indenizatório previsto. Esses fatos, aliados à falta de normatização no tema,

⁶⁸ TJ-RS, 70048595623, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Décima Câmara Cível, Data de Julgamento: 23/05/2013.

⁶⁹ TJ-RS, 70050082015, Relator: Marcelo Cezar Muller, Décima Câmara Cível, Data de Julgamento: 08/11/2012.

trazem uma incerteza profunda, revelando a iminente fragilidade da segurança jurídica na matéria.

3.2. ANÁLISE DE LINHAS INTERPRETATIVAS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como observado ao longo deste estudo, a interpretação perante a indenização punitiva não se apresenta previsível, existindo diversos posicionamentos na jurisprudência. Há uma dificuldade de se concretizar uma segurança jurídica mínima. Como a recepção do *punitive damages* no Brasil acontece de forma mitigada, surgem algumas vezes decisões que poderiam melhor aproveitar as qualidades desse instituto.

No tópico anterior, o principal objetivo era demonstrar a divisão que se encontra na jurisprudência quanto ao uso ou não da função punitiva. Embora já se tenha aproveitado para destacar alguns pontos dos julgados e a cultura da aplicação desta sanção civil ao longo desta obra, a presente unidade deste trabalho focará em um exame analítico de alguns pontos relevantes para a compreensão da problemática envolvendo a punição civil.

Com a miscigenação de preceitos e fundamentos – *punitive damages*, punição pedagógica, punição preventiva – há dificuldades de destacar linhas jurisprudenciais claras; entretanto, tentaremos neste tópico fazer uma análise crítica geral, aproveitando para destacar a posição da doutrina quanto a alguns preceitos.

Uma das principais críticas de uma corrente considerável dos doutrinadores é a constitucionalização exacerbada das relações privadas e isso ocorreria da utilização irrestrita de princípios na seara civil. Quando os princípios são empregados sem o rigor da lei, acabam por gerar uma grande insegurança jurídica, afetando o equilíbrio nas relações jurídicas e a previsibilidade nos Tribunais.

Alguns autores que rechaçam a justificativa constitucional da função punitiva na responsabilidade civil não concordam que o embasamento pelos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa, argumento por vezes muito utilizado na jurisprudência. Para esses doutrinadores, haveria, inclusive, a criação de uma penalidade sem positivação, violando-se o princípio pena da *nulla poena sine lege*, não podendo, então, outros princípios prevalecerem sobre a legalidade.

Na passagem infracitada observamos a citação de Konrad Hesse, por Gerson Amauri Alvaro, em uma clara crítica de descaracterização da identidade do direito privado provocado pelos direitos fundamentais:

Ou, ainda, como defende Konrad Hesse, se prevalecer o recurso direto aos direitos fundamentais corre-se o risco de o Direito Privado Perder sua identidade, a qual foi construída ao longo da história da própria humanidade, “*em prejuízo de La adecuación a Du própria matéria de La regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales*”.⁷⁰

Entretanto há quem se oponha ao posicionamento “reservista” da responsabilidade civil, acreditando que esta deva se integralizar absorvendo outras áreas do direito, como em uma unidade jurídica. Retira-se do seguinte fragmento de obra dos autores, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Filho Pamplona:

Toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz e seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social. Realmente, embora alguns autores, como Josseland, concederem a responsabilidade civil com “a grande vedete do direito civil” na verdade, absorve não só todos os ramos do direito – pertencendo à seara da Teoria Geral do Direito, sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público ou privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, comprovando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares, uma vez que a diferenciação só se opera no que concerne às matérias, objeto de regulamentação legal – como também a realidade social, o que demonstra o campo ilimitado da responsabilidade civil.⁷¹

Haveria uma necessidade de equilíbrio e busca de equidade além das leis, ao qual, para Gerson Amauri:

“ao contrário do que veem na abertura do sistema um risco à segurança jurídica, esta abertura possibilita um constante retorno ao equilíbrio das situações jurídicas”. Este equilíbrio é buscado na ideia da epiqueia, que vem a ser o juízo da equidade – que “pressupõe o conhecimento da lei e do fato” – valorado pela noção de justo, em outras palavras: “um esforço hermenêutico de quem analisa a desarmonia comprometida/perdida de uma situação jurídica”, o que só é possível a partir do momento em que se libera o juiz da observância rigorosa da lei.⁷²

⁷⁰ HESSE, Konrad apud ALVARO, Gerson Amauri. O direito privado como meio de efetivação de direitos fundamentais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 243.

⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novos Cursos de Direito Civil, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

⁷² HESSE, Konrad apud ALVARO, Gerson Amauri. O direito privado como meio de efetivação de direitos fundamentais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 241.

Resta claro que o *punitive damages* possui uma forte carga paradigmática proveniente da experiência norte americana, principalmente quanto a suas vultuosas indenizações. Talvez, por esse motivo, muitos magistrados preferam tratar a sanção na indenização com outras terminologias, excluía a expressão *punitive damages*. Isso realmente pode ser interessante para produzir um mecanismo brasileiro, o qual, ainda que de inspiração estadunidense, apresenta características adequadas à nossa realidade jurídica, econômica e social.

Entretanto, as inovações terminológicas poderem serem úteis. É possível verificar na jurisprudência algumas aplicações que podem ser contestadas. Um emprego que não se apresenta condizente é tratar o *punitive damages* como sinônimo de enriquecimento sem causa, enquanto que a “indenização punitiva” a título pedagógico e preventivo se encaixaria em nosso ordenamento e não feriria esse princípio.

Na questão do parágrafo anterior obsevamos o tratamento do *punitive damages* como um mecanismo altamente reprovável, um causador de enriquecimento injusto. Enquanto a indenização punitiva com finalidade educativa e inibitória seria condizente com o ordenamento pátrio. A crítica que se faz aqui é que em ambos os casos, interpretando-se o enriquecimento sem causa como um impedimento, ferir-se-ia o artigo 884 do Código Civil, que diz: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Ora, se ambos os casos extrapolam o valor reparatório, estar-se-á causando um enriquecimento fora da alçada restaurativa. Ainda que no *punitive damages* a imposição punitiva seja mais nítida e mais intensa, a mitigação do montante punitivo pela proporcionalidade / razoabilidade não retirariam da “indenização punitiva” o caráter “extrareparatório”.

Essa compreensão de rechaçar o *punitive damages* – porquanto ele não se adequaria à vedação do enriquecimento sem causa – é muito comum nos tribunais. É compreensível a posição de que o *punitive damages* americano não se encaixaria no ordenamento brasileiro por impedimento do artigo 844 do Código Civil, entretanto, há uma contradição ao aceitar a indenização a título de caráter preventivo e indenizatório, porquanto esta também extrapola a mera reparação, ferindo, ainda que em menor proporção, o enriquecimento sem causa.

Não seria possível apontar todas as questões envolvendo a aplicação do *punitive damages* no Brasil, tendo em vista a variedade de julgados. Mereceria um

estudo somente sobre o uso deste na jurisprudência. Todavia, em uma crítica geral, observamos o emprego do *punitive damages*, da indenização punitiva, as finalidades desta e seus fundamentos sem uma segurança jurídica mínima. Isso pode ser prejudicial em diversas circunstâncias que extrapolam o campo da teoria, como a dificuldade de efetivação de direitos e princípios, como também a imprevisibilidade de consequências civis.

Seria conveniente a iniciativa legislativa para positivação do assunto; esta seria capaz de evitar essa dubiedade que ronda a punição indenizatória na responsabilidade civil. Caso fosse decidido pela possibilidade desta, poder-se-ia estabelecer parâmetros que fortificassem a segurança jurídica no assunto. Respeitadas as posições favoráveis e contrárias à possibilidade de utilização desse mecanismo sem lei que o autorize, resta claro que no atual momento histórico esta sanção civil é amplamente difundida nos tribunais, sendo necessária uma discussão séria sobre o assunto para amadurecimento das alternativas a serem adotadas, entre elas uma eventual inovação legislativa.

Nos tópicos seguintes, assim como no restante deste estudo, será discutida a complexidade da problemática envolvendo a punição na responsabilidade civil, seu encaixe na função desta seara e causas, consequências e outras ponderações da aplicação deste instrumento.

3.3 O RISCO DE MERCANTILIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DESVIO DE FINALIDADE

Realmente um dos grandes riscos enfrentados pela aplicação da função punitiva, ou até mesmo o próprio *punitive damage* em uma acepção do direito norte americano, é o de industrialização da indenização, na qual o lesado não busca prioritariamente no Judiciário resposta eficiente ao seu dano, e sim almeja principalmente o enriquecimento, se não por vezes somente este.

Não é exceção na doutrina encontrarmos autores que argumentam que a aplicação sancionatória civil representa grave perigo a respeito da função reparatória. Isso representaria um afastamento da função tradicional para qual a responsabilidade civil foi criada. Pode-se depreender dessa linha de pensamento que adotar a função punitiva seria um retrocesso que estaria travestido e justificado em nome da modernidade e inovação.

É pertinente considerar que a recepção de *punitive damages* ou uma supervalorização da função punitiva teria a capacidade de deturpar a função compensatória, desconstruindo uma evolução que se estende por séculos e uma das grandes certezas do Direito Civil: a indenização proporcional ao agravo.

Judith Martins Costa e Maria Souza Pargendler demonstram a deterioração da credibilidade do júri nos Estados Unidos, fruto de estipulações arbitrárias por *punitive damages* e da mercantilização deste:

Nos Estados Unidos, via de regra, cabe ao júri a fixação dos *punitive damages*. [...] isso, apesar de terem sido (e serem) tantos e tamanhos os abusos, tão gritantes a “comercialização” e a ideologização dos casos judiciais no âmbito dos *punitive damages*, que uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri para tal mister [...] ⁷³

A desvalorização da função indenizatória, quando aceita a função punitiva, pode ocorrer por diversos fatores. Claro que não há como ter certeza dessa possibilidade, nem a proporção de sua incidência, entretanto, podemos levantá-las no intuito de alertar para os riscos e poder ponderar entre benefícios e prejuízos.

Um dos grandes emblemas seria a criação de uma obscuridade na fixação do dano. Ao aceitar a função punitiva, a reparação poderia perder a relevância que lhe é cabível, havendo uma confusão entre os dois parâmetros, o que representa uma incerteza dos limites entre esses. Outra possibilidade é a de ocorrer certa similitude com a indústria do dano moral, na qual o objetivo da indenização buscada é primordialmente o enriquecimento, ocorrendo claramente uma mercantilização do Judiciário, sendo os tribunais utilizados com propósitos gananciosos. Quanto ao desvio de finalidade, assim pensa Anderson Schreiber:

[...] cria-se uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto. ⁷⁴

Ao recepcionar o *punitive damages* ou fortalecer a função punitiva, a tendência é o aumento dos valores de algumas indenizações. Isso realmente não apresentaria

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o Direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 23 maio 2015.

⁷⁴ SCHREIBER, A. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 201.

maiores controvérsias, no entanto, as consequências dessa incorporação no montante indenizatório, devido às peculiaridades nacionais e parâmetros adotados, são suscetíveis de grande controvérsia.

Os altos valores aplicados em um determinado número de demandas podem ocasionar diferentes consequências. Um grande risco, e com probabilidade considerável de ocorrência, é o aumento de demandas judiciais em uma espécie de “caçada” por vultosas indenizações, como se o Judiciário fosse tratado como uma espécie de loteria, em que os autores utilizam esse órgão na aposta de angariar grandes valores.

Rui Stoco alerta para o risco de mercantilização das indenizações gerada pela possibilidade de grandes pretensões punitivas, o que desequilibraria as relações jurídicas, trazendo efeitos sociais negativos:

Há, neste momento, um sério risco de o Brasil atingir o nefando *status* a que chegaram os Estados Unidos da América, onde todo e qualquer produto contém em sua embalagem advertências (*warning*) de toda ordem, visando prevenir possíveis ações judiciais, que certamente virão. Nesse país o exagero nas pretensões de quem pede – particulares ou consumidores – e a perda de senso de equilíbrio e de equidade que devem nortear e orientar (na fixação do valor do dano) aquele a quem se pede, contribuíram decisivamente para estabelecer a verdadeira “indústria” das indenizações.⁷⁵

Diversas são as sequelas desta perversão indenizatória citada no parágrafo anterior. Haveria grande possibilidade de superlotar o Judiciário com ações de interesses escusos, muitas dessas ainda improcedentes, aproveitando a analogia supracitada, a ação pode tornar-se um mero bilhete de loteria. Não é plausível permitir que a responsabilidade civil transforme-se em uma esperança de fortuna imoral.

Humberto Theodoro Júnior demonstra a insegurança jurídica advinda da falta de lei que regule, no caso, a fixação do montante do dano moral, tendo este um caráter de “loteria Judiciária”, nas palavras do doutrinador:

Enquanto a lei não se dispuser a criar tarifas para a indenização dos danos morais, a tarefa do judiciário será muito árdua e, para os jurisdicionados, haverá sempre o risco de surpresas e incertezas. O subjetivismo dos juízes e tribunais continuará gerando um clima de insegurança jurídica e desigualdade entre os diversos litigantes, e o arbitramento, à falta de parâmetros objetivos, manterá a feição de “loteria Judiciária”.⁷⁶

⁷⁵ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1704.

⁷⁶ THEODORO, Humberto Júnior, Dano moral, 7. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 85.

O interesse econômico exacerbado acaba por desprestigiar princípios da esfera civil. Outro fato é o aumento da morosidade do Judiciário. Com a deficiência de estrutura desse Poder e a falta de resolução de ações repetitivas eficiente, invariavelmente, um grande número de ações serão mais um entrave na celeridade processual, inclusive afetando indiretamente os que pleiteiam justa indenização reparatória.

Há grandes incertezas do resultado da aplicação punitiva severa ou *punitive damages* no ordenamento pátrio e também possibilidade repercussão negativa. Entretanto, isso não pode ser óbice para estudo e esclarecimentos. Levantar essas mazelas e o grau de incidência pode ser a diferença para alcançar parâmetros que inibam os efeitos negativos ao ponto que os benefícios os superem.

3.4 FUNÇÃO SOCIAL E COLETIVA REFERENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil possui a competência de regular as relações civis, otimizando e fomentando o respeito aos seus princípios. Essa incumbência reflete na busca de equilíbrio, restaurando quando violado ou buscando que este não aconteça. Esta área do Direito Civil é a que viabiliza a convivência em sociedade, que seria o objetivo fim do direito.⁷⁷

Aprimorar a convivência deve ser a prioridade do Direito. Miguel Reale cita a busca pela ordem, de direção e solidariedade, não podendo isso ser esquecido em detrimento de acepção do direito somente com regra e comando, porquanto a essência do direito não pode ser perdida. Assim entende o referido autor:

Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi Romano, cansado de ver o Direito concebido apenas como regra ou comando, concebeu-o antes como realização de convivência ordenada.⁷⁸

É notória a função social confiada à responsabilidade civil; está em sua natureza a busca pela inibição de atos que são considerados reprováveis,

⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 468.

⁷⁸ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Disponível em: <<https://direitounitri.wordpress.com/materias/introducao-ao-direito/licoes-preliminares-de-direito-reale-miguel/>>. Acesso em: 23 maio 2015.

demonstrando uma faceta preventiva desta seara do Direito. Conforme Salomão Resedá, essa faceta tem o papel de mitigar comportamentos graves reiterados de novos violadores, possibilitando a paz social.⁷⁹

A função reparatória, clássica da responsabilidade civil, é a protagonista na indenização, devendo sempre ser considerada a principal personagem desse ramo. Subjugá-la em detrimento de outra função do Direito Civil seria permitir a possibilidade de perder a estabilidade e segurança jurídica.

Entretanto, apesar da força e tradição da função reparatória e somente esta encontrar respaldo normativo, José Aguiar Dias ressalta a importância de revermos o contexto histórico, a realidade material e a necessidade de revisarmos certas normas. Esse autor afirma que os princípios são contínuos e devem ser considerados, como a boa-fé, a proibição da torpeza e fraude nos negócios jurídicos, não podendo a responsabilidade civil fugir de sua competência.⁸⁰

Na própria legislação, constata-se a atribuição coletiva do Direito Civil. O artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro determina a busca pelos fins sociais e o bem comum, recaindo também na responsabilidade civil; logo, é nítida a preocupação do legislador com a fraternidade na execução das normas:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

É perceptível na doutrina a reflexão sobre a possibilidade dos *punitive damages* quando o dano, a conduta ilícita, extrapola a esfera individual. Entrando na seara coletiva, alguns autores pensam ser, ao menos, discutível a indenização ultrapassar o valor indenizatório.

Marina Celina Bodin de Moraes entende que seria possível a indenização punitiva em caráter excepcional quando esta estaria voltada para atender a coletividade, sendo a função social uma justificativa para tanto. Isso somente ocorreria quando é extremamente necessária esta resposta jurídica a um ato altamente reprovável a uma situação de ilicitude coletiva. A autora ainda denota que alguns conceitos podem ser revistos, devendo, em algum momento, ser esta mudança até imprescindível. Nas palavras da civilista:

⁷⁹ RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009 p. 225.

⁸⁰ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, São Paulo: Renovar, 2006, p. 24.

Como hipótese excepcional, pode-se admitir uma resposta semelhante à do dano punitivo quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. O interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justiça caberia o remédio.⁸¹

As controvérsias no direito da responsabilidade civil têm essa marcante característica: antes de serem técnicas, elas são decorrentes das diferentes concepções acerca do princípio de responsabilidade, princípio estrutural da vida em sociedade e que, como tantas vezes repetido, se consubstancia em conceito mais filosófico político do que jurídico. O princípio decorre diretamente da ideia de justiça que tem a sociedade na qual incide. E o que mudou neste caso foi exatamente a consciência coletiva acerca do conceito de justiça; o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo.⁸²

A função social da responsabilidade civil é consagrada pela doutrina brasileira, servindo esta de norte para orientar seus rumos e atingir o bem-estar coletivo. Esta faceta pode ser o diferencial para repensar o caráter punitivo na indenização, amplamente difundido na jurisprudência, é uma realidade que não pode ser ignorada.

Pablo Gagliano Stolze e Rodolfo Pamplona Filho acreditam que exista três funções na reparação civil: a compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva. Na qual a repercussão destas não se atém somente às partes, “alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, estabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito⁸³

Os autores citados no parágrafo acima acreditam que a sanção cumpra com o dever de repreensão social, conscientizando os infratores do dever social, respeitando a ética e o direito de terceiros, tendo “como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.”⁸⁴

Conjuntamente com o objetivo pedagógico existe uma ideia de solidariedade na finalidade punitiva da responsabilidade civil, uma ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a solidariedade humana lhe deve prestar.⁸⁵ Ocorrendo em alguns casos até a sobrevalência da relevância da relação coletiva sobre a individual,

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 330.

⁸² Idem, p. 147.

⁸³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novos Cursos de Direito Civil, 10. ed. São Paulo, 2012, p. 65-66.

⁸⁴ Idem, p. 78-79.

⁸⁵ Idem, p. 49.

restando esta imprescindível para o equilíbrio das relações civis e o fomento ao estado democrático de direito.

O próximo capítulo tratará da relação das demandas repetitivas com a segurança jurídica e a repercussão destas na sociedade, essas ações repetitivas são de cunha estruturalmente individual, entretanto isto não significa que não apresentam facetas coletivas e sociais. José Aguiar Dias afirma que o dano individual também gera repercussões sociais, afetando o equilíbrio social, devendo a responsabilidade civil se preocupar com esta relação. O doutrinador entende que não faz sentido não se preocupar com o dano patrimonial individual sem observar o aspecto coletivo, a função coletiva, porquanto o indivíduo faz parte da sociedade e um dos principais interesses sociais é o equilíbrio.⁸⁶

No sentido pela repercussão do dano na coletividade, José Aguiar dias entende que uma infração, ainda que privada, terá reflexos para sociedade onde o indivíduo está inserido, podendo ser do ponto de vista físico ou material. Entende-se do seguinte trecho:

Não é possível negar, a menos que isolando, contra a razão, o homem da sociedade a que pertence, que o dano infligido a ele repercute na coletividade. Claro que não se fala no aspecto puramente patrimonial: é exatamente aqui que reside a confusão. No regime da economia privada, não seria mais q absurdo sustentar esta opinião. Trata-se de repercussão social, o que deve ser explicado como o reflexo que, fora de qualquer discussão, a coletividade experimenta quando é ferido em seu membro, seja de ponto de vista físico seja de ponto de vista patrimonial.⁸⁷

Na própria jurisprudência encontramos uma concepção coletiva envolvendo o dano e a indenização deste, como demonstrado no julgado abaixo, já aproveitado em outro momento nesta obra. Denota-se a sobreposição do mero dano da vítima, possuindo o dano um caráter social, não violando apenas um direito individual, mas a sociedade como um todo e o estado democrático de direito. Afirma-se ainda neste acórdão que a interpretação que não considera esses preceitos não respeita a convivência em sociedade e a finalidade da norma:

O art. 944 fixa que a indenização se mede pela extensão do dano. Convém, desde logo, chamar atenção que a extensão do dano muitas vezes não envolve apenas o dano patrimonial ou moral da própria vítima. Isto ocorre,

⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, São Paulo: Renovar, 2006, p. 11.

⁸⁷ Idem, p. 11-12.

por exemplo, com o dano moral. A extensão do dano moral tem que considerar não apenas a vítima é agredida quando ocorre uma violação/agressão a direito da personalidade, mas toda a sociedade e o próprio Estado Democrático de Direito. Realmente a sociedade está reunida em função e o Estado Democrático de Direito está fundado no respeito à dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da CF). Por isso consagra-se o princípio do *punitive damage*, ou seja, que, além do valor fixado pelo dano sofrido pela vítima, há o necessário acréscimo na fixação da extensão e valor do dano cujo objetivo e interesse da sociedade é no sentido de que o agressor não volte a repetir o ato contra qualquer pessoa e não apenas contra a vítima. Essa é a real extensão do dano. Entendimento contrário, afora contrariar a teleologia e a axiologia que envolve a finalidade da norma, propiciaria um inconstitucional retrocesso social, posto que estimularia a violação dos direitos humanos que fundamenta a própria convivência em sociedade. (PINHEIRO CASTELO, Jorge. Teoria Geral da Responsabilidade Civil e Obrigações Contratuais do Empregador Perante o Novo Código Civil. LTr Editora. São Paulo: 2003)⁸⁸

Apesar de não encontrar respaldo legal e tradicionalmente a reparação ser o grande protagonista na indenização, é, ao menos, defensável, que o *punitive damages* encontrar-se-ia acolhido pelo propósito coletivo da responsabilidade civil. Essa punição teria possibilidade de inibir a reinteração de condutas reprováveis, equilibrando as relações civis e consequentemente bem-estar social.

De ordem preponderantemente teórica, é plausível a inovação legislativa recepcionando o *punitive damages*. Inclusive, apresenta-se abstratamente apropriado. Porém, não é possível olvidar-se de seus inconvenientes, principalmente quando aplicado na prática, o que será abordado em tópico subsequente.

⁸⁸ TJ-PA, APL 201230251493, Relator: CLAUDIO AUGUSTO MONTALVAO DAS NEVES, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Julgamento: 13/09/2013.

4 DEMANDAS REPETITIVAS E PONDERAÇÕES DA UTILIZAÇÃO DA SANÇÃO CIVIL NA INDENIZAÇÃO

4.1 CASOS SERASA SCORE, UMA DEMONSTRAÇÃO DA FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA

Recentemente, uma monta de ações ganhou destaque no cenário nacional decorrente de um sistema que, conforme critérios sigilosos, atribui uma pontuação a indivíduos, caracterizando-os como bons ou maus pagadores. O documento informando a contagem de pontos podia ser adquirido por qualquer indivíduo através de sítio na *Internet*, mediante o pagamento de um valor, há dois anos, inferior a R\$ 10,00 (dez reais).

Muito se discute sobre a legalidade do sistema e o cabimento ou não de indenizações. Há diversas interpretações com argumentos que permitem a escolha por determinada postura, não sendo a intenção deste tópico opinar a que melhor se encaixa no ordenamento brasileiro. Embora existam alguns comentários que apontam possíveis benefícios e desvantagens dessa indenização, o propósito é revelar a amplitude da insegurança jurídica, em que a punição civil poderia se encaixar para a maximização dos princípios civis e constitucionais.

O Serasa Score foi responsável por dezenas de milhares de ações, quiçá centenas, as quais invariavelmente atravancaram ainda mais a celeridade do Judiciário. Restou óbvio que, em grande maioria, a intenção dos autores era o recebimento da quantia a título de indenização, uma verdadeira epidemia mercantil no Poder Judiciário.

Não será possível demonstrar todas as linhas interpretativas adotadas pelos magistrados, muitas dessas com interpretações e fundamentações notáveis; entretanto, devido ao volume de ações e de conteúdo decisório, concentraremos nas principais correntes jurisprudenciais.

Uma das correntes decisórias acredita pela impossibilidade de verificação do dano pelo simples fato da existência do cadastro que permite verificar a pontuação do indivíduo. Isso ocorreria por falta de um dano concreto; somente a possibilidade de alguém utilizar o sistema do Serasa Score não é suficiente para gerar um dano indenizável. Haveria de existir um dano e a comprovação deste, como, por exemplo, uma vexação por uma baixa pontuação, podendo, assim, ser discutida a violação de um direito com responsabilidade da empresa.

O acórdão abaixo, julgado pelo STJ, acolheu recurso especial no sentido de não verificação de dano quando a causa de pedir for somente a existência do cadastro. No caso especificando, há apontamento da não demonstração pelo autor da prova do dano concreto. Especialmente, nota-se ainda a insegurança jurídica quanto ao tema tratado, sucedendo-se duas reformas decisórias:

No caso concreto, não tendo sido afirmada pelas instâncias ordinárias a comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não é possível o reconhecimento da ocorrência de dano moral. A propósito, anotou o Juiz de primeiro grau que: Além disso, não há qualquer elemento probatório no caderno processual a demonstrar que houve efetivamente a negativa de crédito ao autor e que essa tenha decorrido exclusivamente das informações da análise de crédito efetuada pela ferramenta Concentre Scoring, ônus que competia à parte autora, nos termos do artigo 333 do CPC (e-STJ, fl. 93). Dessa forma, não há que se falar em dano moral, porquanto não houve prova da negativação do crédito do consumidor consultado. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido indenizatório. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 03 de fevereiro de 2015. Ministro MOURA RIBEIRO Relator.⁸⁹

Em uma abordagem mais constitucionalista, alguns magistrados fundamentam suas decisões nos direitos da personalidade, a violação que gera dever de indenizar, não necessitando, então, por exemplo, de uma negativa de crédito por informações presentes no cadastro, porquanto meramente a existência já é capaz de causar violações a direitos e princípios constitucionais. No acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul abaixo, preleciona-se o respeito aos princípios constitucionais e a relevância destes para o estado democrático de direito:

De qualquer sorte, seja como banco de dados, seja como serviço que agrega informações sobre os consumidores, repassando-as para os fornecedores associados, o SCPC SCORE CRÉDITO está sob a égide da normatização

⁸⁹ STJ - Resp: 1505472 RS 2014/0308944-9, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 06/02/2015.

da Constituição Federal, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode olvidar que a ordem econômica no Brasil está fundada, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, na livre iniciativa, mas sempre com o objetivo de assegurar existência digna a todos, observando o princípio da defesa do consumidor (inciso V). Trata-se de consequência do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, CF), que tem como fundamentos a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III).

Nos termos do artigo 5º, da Constituição Federal, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral à imagem (inciso V), bem como são invioláveis a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X); por fim, o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (inciso XXXII).

Com efeito, os direitos de personalidade referidos são cruciais para o Estado Democrático de Direito, tanto que erigidos a direitos fundamentais, admitindo-se, por óbvio, a possibilidade da restrição, mas sem que ocorra a violação da proporcionalidade, de modo a aniquilar tais direitos fundamentais.

No que tange à privacidade, muito embora exista dificuldade em precisar os seus contornos, é crível adotar o pressuposto segundo o qual está relacionada com a proteção de dados pessoais.⁹⁰

Apesar do considerável montante de decisões pela incompatibilidade do Serasa Score com o ordenamento brasileiro, a jurisprudência do STJ vem decidindo pela legalidade desse sistema de aferição para crédito. Como se observa no julgado supracitado, em que além de reconhecer a posição jurisprudencial do STJ, afirmou não carecer de notificação prévia dos indivíduos contidos no cadastro:

No caso concreto, o Tribunal a quo entendeu pela configuração do dano moral por considerar a prática do sistema "credit scoring" ilícita. No entanto esse entendimento diverge da atual jurisprudência do STJ, que consolidou-se no sentido de que essa prática é lícita, estando, inclusive, amparada por lei. Ademais, ressalta-se que não há falar em notificação prévia pois, "não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico" (Resp. n. 1.419.697/RS, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014). Desse modo, não tendo sido afirmado pelas instâncias ordinárias que a nota atribuída ao consumidor decorreu de informações excessivas ou sensíveis, tampouco que houve efetiva recusa de crédito, com base em nota atribuída pelo sistema de pontos, não há falar em dano moral. Em face do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para julgar improcedente a demanda indenizatória proposta pela recorrida. Condene a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, conforme fixados na sentença, observando-se, se for o caso, o disposto na Lei n. 1.060/1950."⁹¹

⁹⁰ TJ-RS, Apelação cível 70052735123, relator Leonel Pires Ohlweiler, 9ª Câmara Cível, j. 04/02/2013.

⁹¹ STJ, Resp 1.419.746 - RS 2013/0386485-6, Relator: Antônio Carlos Ferreira, Data de julgamento: 02/12/2014.

A jurisprudência é farta tratando-se de Serasa Score, impossibilitando abranger todos os fundamentos nas decisões do tema. Essa demanda é um exemplo da dificuldade judicial de dar respostas eficazes e de forma ordenada com demandas repetitivas, pois, ao se deparar com um elevado número de ações, o Judiciário não possui mecanismos para essa efetivação.

Ainda que o STJ atualmente tenha pacificado a questão, ficou clara a insegurança jurídica que rondou as decisões do Serasa Score. Outro ponto é a falta de instrumentos para a coação do infrator, para que este cesse e não repita o ato ilegal. Mesmo com diversas decisões condenando o Serasa, essas não surtiram efeito na prevenção de novos ilícitos.

Se a solução pela legalidade do Serasa Score não tivesse sido tomada pelo STJ, durante a incerteza do cabimento da indenização, seria interessante um dispositivo que permitisse aos magistrados desestímulo da ocorrência do ato dito ilegal. É possível que alguns magistrados, em suas decisões, tenham buscado suprir a falta deste instrumento com a fundamentação pelo desrespeito às normas e princípios constitucionais, como o da personalidade. Isso justificaria uma indenização, tornando a então violação para o Serasa Score menos atrativa.

Esta constitucionalização do direito privado é criticada por doutrinadores que afirmam que essa área do direito não estaria preparada para receber esta carga constitucional,⁹² pelo menos quando está cerceada de previsão legal. Entre os efeitos dessa inobservância da legalidade estaria a insegurança jurídica que, de certo modo, pode ser observada no caso Serasa Score, podendo, então, deturpar as certezas do Direito Civil – no caso analisado, da responsabilidade civil.

Talvez o caso do Serasa Score não se encaixe perfeitamente para a utilização do *punitive damages*, ou uma indenização punitiva, porquanto não houve consagração como algo confirmadamente repudiado pelo ordenamento, pré-requisito na aplicação desse instituto. Todavia, ignorando esse impedimento fático para agora nos atermos a uma análise teórica, se o Legislativo criasse previsão legal sobre indenização sancionatória poderia ser significativo no impacto na questão de segurança jurídica.

A previsão legal da indenização punitiva para casos com parâmetros definidos poderia ter dupla utilidade para a segurança jurídica, como uma maior previsibilidade na fixação da indenização, evitando-se justificativas que não decorram de lei e um

⁹² HESSE, Konrand apud ALGARO, Gerson Amauri. O direito privado como meio de efetivação de direitos fundamentais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 241.

desestímulo à repetição de ilícitos e, conseqüentemente, demandas repetitivas que possam causar um grande número de decisões. Pode-se até pensar em uma reciprocidade entre esses fatores, na qual a previsão de indenização punitiva – e, portanto, a aplicação desta de forma uniforme –, diminui a ocorrência de demandas repetitivas, e o menor número de demandas repetitivas possibilita uma aplicação mais uniforme.

Na jurisprudência também já é possível encontrar referência entre a ligação de falta de mecanismos de desestímulo e o número de demandas repetitivas. Nota-se que este pensamento não é algo meramente teórico, sendo uma aceção de magistrados que vivenciam esse entrave. Observa-se no acórdão infracitado, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a correspondência entre esgotamento dos Juizados Especiais por ineficácia da indenização reparatória para inibir ações massivas, indicando posteriormente a indispensabilidade de recepção do *punitive damages*:

Reiteração de casos em que a ilicitude no proceder da ré se repete, demonstrando que os valores das indenizações não têm fôlego para desestimular novas condutas. Operadora que conta com o esgoelamento dos Juizados Especiais Cíveis em razão de aqui se processarem a expressiva maioria de ações massificadas.

Necessidade de inaugurar-se a doutrina da *punitive damage* e sua coirmã, a *exemplary damage*, às vezes chamadas no direito pátrio, sem muito rigor científico, de teoria do desestímulo.⁹³

Resta claro que a indenização punitiva não seria, sozinha, responsável por solucionar essas questões. Poderia, em conjunto com as outras ferramentas, ser uma aliada no respeito às normas. Neste tópico, pretendeu-se levantar um problema prático, um assunto atual para demonstrar o problema recorrente de demandas repetitivas. Entretanto, nos subseqüentes haverá uma abordagem teórica e geral do tema, porquanto o caso material do Serasa Score possui certas limitações, entre outros fatores, pela sua situação jurisprudencial.

4.2 AÇÕES REPETITIVAS: UMA CRÍTICA À SEGURANÇA JURÍDICA

É de conhecimento pleno que os tribunais brasileiros encontram-se esgotados; a grande demanda judicial impede a celeridade processual, prejudicando

⁹³ TJ-RS, 71003706256, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Julgamento: 13/10/2011.

a confiança e a segurança que seria o almejado no Poder Judiciário. A proteção que este importante órgão oferece está debilitada em grande parte pelo grande número de ações repetitivas, que são ajuizadas por violações praticadas pelos mesmos infratores e com nexos de causalidade semelhantes.

Entre as principais motivações de ações judiciais cíveis estão as demandas bancárias, as inscrições indevidas no SPC relacionadas a companhias telefônicas, questões referentes ao direito do consumidor. Estas respondem por grande percentual montante judicial. Isso dificulta a aplicação efetiva da justiça, inclusive o seu papel educativo e a regência adequada para o futuro social. Nesse sentido coaduna Candido Rangel Dinamarco, que encontra no direito a perspectiva de liberdade:

[...] efetividade do processo, entendida como se propões, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade, assegurar-lhes a liberdade.⁹⁴

Dinamarco também afirma que a grande fragmentação das decisões repetitivas acaba por ocasionar divisão de posicionamentos; sem vinculação, causam uma disparidade que afeta a “boa justiça”. Em decorrência de:

a) somente os que puderem e se animarem a subir ao Supremo Tribunal federal ou ao Superior Tribunal de justiça poderão afastar de si os julgamentos desaforáveis suportados mas instâncias locais, (b) por isso mesmo ou por outros fatores, reinará sempre entre os jurisdicionados alguma incerteza sobre o futuro dos litígios em que se acham envolvidos, (c) o Poder Judiciário prossegue envolvido em um trabalho inútil e repetitivo, quando poderia libertar-se da carga da repetição e dedicar-se com maior proficiência e celeridade a outros casos, e (d) as decisões do órgão competente para dada matéria ficariam sempre desprestigiadas, prevalecendo soberanas e com homogeneidade em todos casos.⁹⁵

O autor supracitado demonstra as sequelas concretas do direito brasileiro causadas pela diversidade de entendimentos sobre uma questão com grande demanda. Os dois principais pontos são a falta de segurança jurídica e o

⁹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel apud. MOLLICA ROGERIO. Os processos repetitivos e a celeridade Celeridade Processual. Disponível em: <file:///C:/Users/Val%C3%A9ria/Downloads/Resumo_Tese_Rogerio_Mollica%20(4).pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁹⁵ In “Súmulas Vinculantes”, Revista Forense, v. 347, Rio de Janeiro, 1999 apud MOLLICA Rogerio. Os processos repetitivos e a celeridade Celeridade Processual. Disponível em: <file:///C:/Users/Val%C3%A9ria/Downloads/Resumo_Tese_Rogerio_Mollica%20(4).pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

descolamento excessivo de esforços para solução de lides com mesmo tema, que causam desconfiança da eficiência do Judiciário, tanto pela falta de celeridade quanto pelo conteúdo decisório.

Para Paulo Nader é necessário um poder de contrição pelo Judiciário, para esse é indispensável “um judiciário ágil e eficiente, sem o que a previsão legal ou contratual de reparação se torna inócua, não infundindo em seus destinatários qualquer temor quanto à obrigação de reparar eventuais danos a outrem”.⁹⁶

É oportuno lembrar a relevância desempenhada pela segurança jurídica: ela é um dos pilares para o equilíbrio nas relações jurídicas e fundamental para a manutenção de um estado democrático de direito e as liberdades individuais. Willy Zimmer coaduna com essa acepção, na qual a segurança jurídica apresenta-se como essência da democracia:

O princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, como a justiça (*Gerechtigkeit*), do princípio do Estado de Direito e tem, por conseguinte, como todos os elementos estruturadores da noção de Estado de Direito, um valor constitucional. Isso decorre de uma concepção teórica mais global da liberdade individual e da sociedade liberal que é aquela onde se nutre a democracia. No seio desta sociedade onde a liberdade individual se determina a ser um valor de referência e onde o Estado de Direito se empenha a ser a garantia, a segurança jurídica aparece como componente essencial de tal proteção.⁹⁷

Como já demonstrado nesta obra, a falta de legislação específica permite interpretação pela possibilidade ou não da indenização punitiva. Havendo argumentos para ambos os posicionamentos, ficou visível a insegurança jurídica instalada na realidade brasileira. Além do binômio admissibilidade/não admissibilidade – há notáveis divergências dentro deste grupo –, podemos citar amplitude de aplicação, respaldo jurídico e finalidade.

A incerteza e a diversidade de entendimentos levantam outra problemática da expectativa de reversão decisória em instâncias superiores, expandindo o “inchaço” das demandas repetitivas para turmas recursais, Tribunais e o Superior Tribunal de Justiça. A perspectiva de mudança de panorama, majoração ou supressão do

⁹⁶ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.7, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.14.

⁹⁷ ZIMMER, Willy apud ALMEIDA, João Alberto; SOUZA BRITO, Thiago Carlos de. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na reativação da coisa julgada. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/130/121>>. Acesso em: 18 maio 2015.

montante indenizatório multiplicou as mazelas acarretadas pelas demandas repetitivas.

Todos estes aspectos, como mencionado anteriormente, afetam a segurança jurídica, resultando duvidosas as consequências dos atos praticados, indefinição que pode ser altamente prejudicial à boa-fé nos negócios jurídicos. Neste sentido, referindo-se a relevância da segurança jurídica, leciona o renomado constitucionalista José Afonso da Silva:

A temática deste número liga-se à sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da segurança jurídica, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos. A segurança jurídica “consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências direta de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.⁹⁸

Vale relembrar o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, ao qual, ainda que aplicado a questão de tarifas nas indenizações por danos morais, preleciona que enquanto não houver lei para tanto haverá insegurança, ocorrerá imprevisibilidade na indenização e existirá “loteria Jurídica”.⁹⁹

Seria altamente proveitoso, particularmente para efetivação de outros princípios, tais quais celeridade, boa-fé, equidade, construir um diálogo construtivo para repensar o trajeto da segurança jurídica na indenização punitiva na responsabilidade civil. É notória a variedade de interpretações no tema, entretanto, aproveitando-se essa diversidade de forma positiva, contrapondo-se as facetas positivas e negativas, é possível desenvolver esta seara da responsabilidade civil e aprimorar sua função social.

4.3. AÇÕES REPETITIVAS, ANÁLISE ECONÔMICA E CONTROLE SOCIAL DE DEMANDAS

⁹⁸ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 195.

⁹⁹ THEODORO, Humberto Júnior, Dano moral. 7. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 85.

Nas últimas décadas houve um fenômeno de crescimento do montante de ações ajuizadas, grande parte dessas com a mesma causa de pedir. Esse acontecimento pode ser atrelado a vários fenômenos, entre estes podemos citar o maior acesso ao Judiciário pelos juizados especiais, pelas defensorias públicas, o liberalismo econômico entre outros fatores sociais e financeiros. O aumento dessa demanda pode ser considerado algo natural, visto que esses fatos são relativamente recentes; todavia, a grande preocupação é o contingente processual continuar elevado e até mesmo crescente.

Uma premissa lógica para o avantajado número de ações é a existência de violações de normas. Apesar de esta monta de demandas contar com parte de aventureiros processuais na esperança de ganhos “fáceis”, parcela considerável são indenizações procedentes, portanto, passíveis de reivindicação jurídica. Admitindo essa preposição como verdadeira, é inegável que entre os colaboradores dos fatores para a constante sobrecarga processual do Judiciário é a reiteração de ilícitos. Como lógico, maior número de ilícitos, maior a demanda.

A reincidência de transgressão pode ser considerada a prática corriqueira na realidade civil brasileira. É verossímil a vantagem para o infrator continuar a realizar fatos reprovados pela norma a adequar-se às regras impostas. Os mecanismos atuais para busca de equilíbrio nos fatos jurídicos civis não estão se provando eficazes. Assim, averigua-se imprescindível, ao menos, o estudo de artifícios alternativos para a corrente crise.

A indenização punitiva é um instituto que está ganhando relevância, inicialmente com sua aplicação nos tribunais. Boa parte dos doutrinadores vem dedicando espaço para sua análise. Essa poderia ser uma possibilidade para reverter ou amenizar o grande número de demandas repetitivas, a autorização para majorar a indenização em casos com requisitos previamente elencados, como no *punitive damages* norte americano.

A sanção financeira pode apresentar-se um recurso altamente coerente, dado que a anulação da vantagem econômica para o violador, em especial para as empresas, representaria mais que desestímulo para este, seria uma obrigação de adequação ao mercado. A indenização punitiva tornar-se-ia um instrumento de coerção judicial, em respeito à boa-fé e leis nas relações civis.

André Gustavo Corrêa de Andrade refere-se à crise do paradigma tradicional reparatório, na qual somente a acepção deste não é capaz de anteder aos anseios

sociais. O autor mostra-se favorável à recepção da função punitiva na responsabilidade civil, porquanto esta seria capaz de reverter o dano coletivo:

O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado incapaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática. Essa “crise” do paradigma reparatório leva o operador do direito a buscar a superação do modelo tradicional. Superação que não se traduz, por óbvio, no abandono da ideia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções. Ao lado da tradicional função de reparação pecuniária do prejuízo, outras funções foram idealizadas para aquela disciplina. Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função de prevenção de danos [...].¹⁰⁰

Embora exista a possibilidade de uma “corrida pelo ouro”, uma verdadeira aventura processual em busca de indenização concedida ao crivo do *punitive damages*, adotando-se parâmetros que inibam essa prática, impossibilitará a mercantilização dessa seara da responsabilidade civil. Estes critérios serão abordados em tópico específico, verificado sua relevância para a alçada social deste instituto.

Nelson Rosenvald ressalta a necessidade de inovação legislativa para maior efetividade dos meios repressivos da responsabilidade civil no direito pátrio. O autor acredita na insuficiência da indenização reparatória isolada, advertindo, todavia, que essa interferência deve ocorrer no âmbito civil, apresentando-se o Direito Penal como algo extremo.¹⁰¹

O autor supracitado confirma os critérios de eficiência como finalidade da análise econômica na responsabilidade civil, no qual esse sistema tem como objetivos “criar para as potenciais vítimas e ofensores um sistemático de incentivos, apto a internalizar as extremidades da própria conduta”.¹⁰²

¹⁰⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_86/amaury_rodrigues_pinto_junior.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

¹⁰¹ ROSENVALD, Nelson apud PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com a responsabilidade civil Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁰² ROSENVALD, Nelson. As funções da Responsabilidade Civil, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 174.

É imprescindível para o sucesso da responsabilidade civil a sua relação com outros ramos do direito, porquanto, conforme Pablo Stolze Gagliano e, Rodolfo Filho Pamplona o “tema ‘responsabilidade civil’ não é, definitivamente, atribuição das mais fáceis, tendo em vista que se trata de uma matéria de natureza interdisciplinar, pois não se refere somente ao Direito civil, mas sim a praticamente todos dos outros ramos do direito”¹⁰³

A análise econômica do direito, ramo conexo com a responsabilidade civil, procura visualizar os efeitos e os analisar de uma forma integrada. Busca de forma dinâmica compreender os incentivos, adoção de cautelas e prevenção através da regulação. No entendimento de Fernando Araújo:

Refira-se também que a análise econômica da responsabilidade civil é relativamente recente, embora os fundamentos matemáticos sejam há muito conhecidos, de certo modo integrando aquilo que são as instituições básicas da «revolução marginalista». As soluções de responsabilidade civil são avaliadas pela análise econômica como se se tratasse de um puro sistema de incentivos, visando-se basicamente que através dele se proceda à internalização «ótima» dos custos sociais de cada actividade económica, repercutindo-se dinamicamente no plano dos incentivos, nos incentivos que respeitam à assunção de riscos e à adopção de um certo nível de actividade arriscada, nos incentivos à adopção de cautelas (suscitando-se por isso a questão da sua complementaridade com a prevenção que se alcança através da regulação).¹⁰⁴

A função preventiva é uma das grandes funções da responsabilidade civil, e quem pode colaborar para entender as vantagens de cada medida para alcançar essa função é a análise econômica do direito, otimizando assim os efeitos que se buscam na responsabilidade civil. Depreende-se do Seguinte trecho de Paulo Nader:

Há uma corrente de autores que examina a função preventiva a partir da análise econômica do direito, considerando mais a perspectiva dos custos do que de técnicas dissuasórias, a) mediante certas medidas de prevenção, a responsabilidade civil deve objetivar, também, a redução de práticas danosas ao patrimônio ou de conotação moral b) as medidas preconizadas devem ser tomadas, quando a relação custo-benefício for satisfatória, ou seja, os acidentes evitados com as medidas venham a justificar os dispêndios; c) as despesas com a prevenção somente devem ser tomadas quando economicamente vantajosas, ou seja “*cuando su coste sea inferior al del daño evitado*”¹⁰⁵

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Cursos de Direito Civil, 10ª Ed. Saraiva 2012 p. 66

¹⁰⁴ ARAÚJO, Fernando apud AQUINO, Geraldo Frazão de Junior. Aspectos econômicos da responsabilidade civil Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/03/2012_03_1225_1256.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

¹⁰⁵ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.7 , Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.15.

Para Rosenvald, há um foco pela análise econômica nos estudos de incentivo das partes da relação econômica, relacionado a um contexto de promessas, obrigações e remédios, com três dimensões: “(I) a dimensão contratual – que se atém exclusivamente às relações entre os contraentes; (II) a dimensão comparativa – que se refere a potenciais contratantes que estão fora da referida transação (a disciplina do Mercado); (III) a dimensão coerciva [...]”.¹⁰⁶ Entende-se disto que a análise econômica relaciona os fatos de uma maneira concreta, priorizando a prática, as ações e seus efeitos. Este sistema de aplicação tenta entender as condutas que otimizarão o bem-estar social.

A análise econômica teria o escopo de idealizar regras que direcionem os custos das consequências danosas, descolando dos indivíduos que sofrem a desvantagem para o infrator, que até então somente receberia os benefícios, suportando assim os custos de sua atividade.¹⁰⁷

Nelson Rosenvald, citando preceitos italianos, confirma a função da pena civil para com o dever de solidariedade: na liberdade econômica deve haver limites que proíbam a violação da dignidade da pessoa humana e ainda a protejam o mercado, ressaltando, assim, os preceitos sociais. Mencionando o doutrinador italiano Natalino Irti, resalta a necessidade de normatização para efetividade do dever de solidariedade, obediência e uniformidade desta:

Em resposta a este estado de coisas a condenação à pena civil concretiza um dever de solidariedade. No campo da liberdade de iniciativa econômica, a proibição da prática de atos lesivos a interesses sociais reforça o compromisso entre a proteção do mercado e dignidade da pessoa humana. NATALINO IRTI adverte que a solidariedade somente atua sobre a disciplina da iniciativa privada através da mediação de leis ordinária e atos administrativos que introduzem critérios de obediência e uniformidade. Não existe solidariedade em caráter geral e abstrato; solidariedade é sempre solidariedade com relação a outros homens em dadas circunstâncias de tempo e lugar. “*La solidarietà va sempre contestualizzata.*”¹⁰⁸

É tarefa desafiadora para a análise econômica do direito compreender a relação do sistema punição e estímulo, nesses casos negativos, para a concretização das normas e princípios. É notória a complexidade na procura de equilíbrio nas relações civis, especialmente quando se trata de tratos econômicos.

¹⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. As funções da Responsabilidade Civil, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 176.

¹⁰⁷ Idem, p. 180.

¹⁰⁸ Idem, p. 194.

Conquanto a dificuldade de angariar na penalização perante responsabilidade civil, solidariedade, o respeito dos direitos sociais, é a análise econômica que possui a capacidade, de forma multidisciplinar com outros ramos do direito, de construir a melhor técnica para tanto. Nesse sentido, é fundamental a aproximação da análise econômica com a responsabilidade civil, permitindo troca de conhecimentos e estruturação de recursos que proporcionem uma reação positiva não só nos casos de demandas repetitivas, mas em todo ramo do Direito Civil.

4.4 ALTERNATIVAS PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E BEM ESTAR COLETIVO AO *PUNITIVE DAMAGES*

A regularização do *punitive damages* no ordenamento brasileiro pode ser um grande contribuinte para o respeito às normas e princípios; positivar este instituto pode elevar o bem-estar social e estado de direito. Entretanto, principalmente motivadas pela escolha de configurações de aplicação, as consequências podem ser catastróficas, como mercantilizarão e desvalorização da face reparatória da responsabilidade civil.

Independente da interpretação pessoal, plausibilidade da normatização do *punitive damages* ou não, é verossímil que há alternativas que podem colaborar para alcançar os efeitos esperados da sanção na indenização. Estes, mesmo com a recepção dos *punitive damages*, merecem ser aprimorados, porquanto concorrentemente podem conceber um sistema de apoio multifacetário para o respeito às normas e princípios.

Um dos mecanismos constitucionais para reprimir e prevenir danos e violações de normas que afetem a sociedade é a Ação Civil Pública. Com previsão na CF/88, legitima um grande rol de possíveis autores, como Ministério Público, Defensoria Pública, associações e entes federativos. Estes possuem a capacidade de pleitear interesses coletivos e difusos que ficam ofuscados nas ações individuais, podendo efetivar um bem-estar social não abrangido por aquelas.

Fredie Didier ressalta a importância e o caráter “popular” da ação civil pública e seu papel inestimável na efetivação da justiça social:

Não é necessário muito esforço e nem mesmo conhecimento sociológico para entender o porquê de a ação civil pública ser um remédio tão festejado e ter alcançado um patamar de respeitabilidade tão elevado na sociedade, é que,

por ser um remédio propício à tutela de direitos de uma coletividade que raramente era assistida pelo Estado (direitos estes relacionados ao cotidiano de todos nós, tais como problemas ambientais, políticos corruptos, lides de consumo), era de se esperar que a ação civil pública realmente assumisse o papel de remédio mais importante no resgate da justiça social.¹⁰⁹

Criadas na década de 90, em um período histórico neoliberal, as agências reguladoras no estado brasileiro buscavam diminuir suas atribuições deste em alguns setores da economia.¹¹⁰ Com as privatizações, esse modelo de autarquia de origem norte americana foi a opção do estado brasileiro para resguardar o equilíbrio nessa esfera de relações civis.

As agências reguladoras possuem a função de controle, fiscalização e regulação de determinada atividade econômica que envolva transferência de competência para terceiros. Assim considera Fernanda Marinela: “As agências reguladoras são autarquias de regime especial, instituídas em razão do fim do monopólio estatal e são responsáveis pela regulamentação, controle e fiscalização de serviços públicos, atividades e bens transferidos ao setor privado”.¹¹¹

Com o poder de polícia concedido a estas autarquias, estas possuem a capacidade de impor o efetivo cumprimento das normas, fomentam e previnem que as prestadoras de serviço violem suas obrigações. Com aproximadamente duas décadas de atuação, as agências reguladoras contribuíram significativamente para impor o respeito às normas e princípios, entretanto, principalmente por ser o único meio de regulação, não se apresentam totalmente capazes de equilibrar as relações civis e a boa prestação de serviços para o coletivo. É explícita a carência de colaboração com novos mecanismos para efetivar o bem-estar social, ou até mesmo uma reformulação de suas atribuições e modelo de atuação.

No novo Código de Processo Civil, de 2015, foi concedida relevante atenção para as demandas repetitivas, o Capítulo VIII – “Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, dedicado à resolução de controvérsias referentes à questão de direito iguais e com efetiva repetição e quando da possibilidade de ofensa de isonomia e segurança jurídica. O artigo 977 do novo Código de Processo Civil define quando é cabível o incidente:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

¹⁰⁹ DIDIER, Fredie et al. Ações Constitucionais. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2013, p. 234.

¹¹⁰ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 45.

¹¹¹ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo, 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p.120.

- I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
- II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O rol de legitimados para pedir a instauração do incidente para o presidente do tribunal é o juiz ou relator de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Se admitido, o incidente suspenderá os processos pendentes. Conforme inciso I do artigo 982 do novo Código de Processo Civil:

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

- I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

Resta claro nessa inovação processual que a preocupação com a segurança jurídica é prioridade no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Ficou evidente a intenção do legislador e das comissões que redigiram o novo Código de Processo Civil de fomentar a isonomia nas relações jurídicas envolvendo ações repetitivas. Observam-se estes preceitos no parágrafo 3º do artigo 982 do referido Código:

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Essa reforma possibilita também a diminuição de sucedâneos recursais, amenizando outro ponto crítico enfrentado pelo Judiciário: o montante exacerbado de julgados e demandas. Há a oportunidade, quando do julgamento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal Federal, da aplicação da tese apreciada em todo território nacional, corroborando com a diminuição do esgotamento do Poder Judiciário. Fica evidenciada essa capacidade no parágrafo 2º do artigo 987 do novo Código de Processo Civil.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Existe nesta renovação processual a preocupação com o caráter social da decisão. A abrangência e os efeitos da decisão no incidente de resolução de demandas repetitivas revelam o poder coletivo e público desta; presume-se ser esta a interpretação do legislador ao autorizar a possibilidade normativa de recorrer a audiências públicas e depoimentos e “*experts*” na matéria. Outra evidência pela atenção aos efeitos sociais é a determinação de comunicar ao órgão ou agência reguladora a tese resultante quando se tratar de prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado a terceiros. Reitera-se, com isto, o cuidado com os efeitos sociais e com o equilíbrio nas relações civis. Depreende-se do parágrafo 1º do artigo 983 e do parágrafo 2º do artigo 985 do novo Código de Processo Civil, respectivamente:

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Essa estrutura possui o diferencial de possibilitar uma visualização coletiva em questões envolvendo direitos individuais homogêneos, observando a problemática de forma global, e não somente pessoal, proporcionando maior segurança jurídica e isonomia. Sobre a efetivação destes princípios por este mecanismo, assim pensam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e outros:

No Brasil, com o citado art. 973, a ideia é similar à alemã, isto é, havendo processos repetitivos (“em massa”). Todos tendo em comum uma mesma questão de direito homogêneo, em sede de diferentes juízos ou colegiados, isso pode gerar o risco de decisões contraditórias – o que, sendo a lei, ofenderia os princípios da isonomia (no fato de que situações jurídicas similares ensejariam, potencialmente, decisões divergentes) e da segurança jurídica (entendida como previsibilidade futura dos cidadãos quanto às consequências jurídicas de suas ações).¹¹²

Trata-se de um assunto recorrente na jurisprudência e doutrina recente a função punitiva na responsabilidade civil e seus reflexos nas demandas repetitivas.

¹¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto, et al. Novo CPC: Fundamentos e Sistematização. 2 ed. São Paulo, Gen, 2014, p. 335.

Interligam-se a estas questões a efetividade e respeito das normas e princípios perante a conquista do bem-estar social.

Mensura-se a atenção concedida à maximização do equilíbrio nas relações civis pelas alternativas apresentadas neste tópico. Entretanto, quanto às agências reguladoras e ação civil pública, não se revelaram, de forma isolada, capazes de darem resposta satisfatória. Estas ocupam relevante e respeitosa função para o respeito das normas e princípios, devendo ter seu funcionamento fomentado.

Não só o aperfeiçoamento dos mecanismos e estruturas existentes são importantes; a inovação descortina-se necessária. O recente incidente de demandas repetitivas, ainda que de ordem processual, poderá ser um grande aliado na busca de segurança jurídica e resolução célere de demandas repetitivas. Esses são dois dos maiores entraves no direito contemporâneo, refletindo suas dificuldades invariavelmente na responsabilidade civil e na execução do ser caráter social.

Com a mudança do momento histórico, da realidade social, o direito deva adaptar-se para trazer respostas eficazes, trata-se de uma evolução. Algumas vezes é necessária a reformulação legislativa, isto deve ocorrer com a responsabilidade, na qual as transformações são resultado das mudanças sociais, este é o pensamento de José de Aguiar Dias, que expressa sua posição nas seguintes palavras:

Aliás, o fenômeno não é isolado, mas comum às transformações do direito, mas precisamente do direito civil. O verdadeiro sentido desta evolução é a preocupação de assegurar melhor a justiça distributiva, com a adaptação das instituições antigas. As exigências permanentes da justiça, forçosamente determinará alterações periódicas no elemento da segurança das normas, a fim de acomodá-las à sociedade que transforma. As alterações, por vezes surpreendentes, das condições da vida material, tornam indispensável a criação, diríamos melhor, a retificação das normas jurídicas. Mas há princípios que permanecem imutáveis: os que ordenam a boa-fé, a fidelidade e a lealdade dos negócios jurídicos; os que proíbem o dolo, a fraude e a torpeza. A ideia de responsabilidade não podia fugir a essa contingência. Sua Transformação é resultado das mudanças sociais, notadamente do grande desenvolvimento da indústria. Da responsabilidade assente na culpa de passa rapidamente às presunções *Juris tantum*, e daí à responsabilidade legal.¹¹³

O doutrinador supracitado preceitua que a responsabilidade civil deve ser dinâmica, adaptando-se ao contexto histórico que se encontra inserida, buscando o equilíbrio que foi abalado pelo dano, pensando para tanto na condição social presente.

114

¹¹³ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, São Paulo: Renovar, 2006, p. 24.

¹¹⁴ Idem, p. 25.

Evidencia-se que opções exteriores ao *punitive damages* são imprescindíveis, mesmo sem o juízo de valor pelo proveito ou não deste instituto. Nenhum instrumento será perfeito o suficiente para atender aos anseios sociais de forma isolada. Imprescindível é a criação de um conjunto sólido de mecanismos para formar um sistema capaz de conter a violação de normas e princípios generalizada que se apresenta no cenário atual.

4.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

4.5.1 Fundos de aplicação e reversão de valores a título punitivo

Entre os maiores receios da recepção do *punitive damages* está a mercantilização da indenização, a busca por fortuna calcada no enriquecimento sem causa. Certamente essa preocupação é cabível, a deturpação da responsabilidade civil, pode representar um retrocesso de avanços que foram conquistados através de centenas de anos. Introduzir um instituto em um ordenamento não é tarefa simples, apesar do Brasil já utilizar a indenização punitiva informalmente, uma inovação jurídica sempre está sujeita à falhas.

Uma ferramenta capaz de suprimir a ocorrência do enriquecimento sem causa e conseqüentemente o aumento exponencial de demandas, prejudicando ainda mais a crise do Judiciário, seria a destinação das verbas referentes à indenização punitiva a fundos de interesses sociais. Esses montantes seriam revertidos em prol da coletividade, podendo-se dar preferência à reserva da totalidade do valor ou parte deste a planos de investimento público na área de afetada que gerou a sanção.

Nehemias Domingos de Melo defende a aplicação de fundos, diferindo da realidade americana, na qual os valores são direcionados à vítima. Devendo ser aplicadas as verbas “a título de exemplo social, cujo resultado financeiro pudesse reverter à sociedade em campanhas educativas de respeito aos direitos do cidadão consumidor”¹¹⁵.

¹¹⁵ MELO, Nehemias Domingos de. apud BARROS, Mayara Jorge João. Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550>. Acesso em: 24 abr. 2015.

Os fundos de aplicação encontram apoio em uma tendência de socialização de riscos. Pedro Ricardo Serpa sustenta o benefício de criação de fundos não somente particulares ou estatais, mas de contribuição das empresas:

A verdadeira “socialização dos riscos” é aquela na qual há a difusão do seguro obrigatório e a criação de fundos estatais ou também de fundos que, além das reservas providas do poder público, se mantém com a contribuição financeira das empresas que mais expõe a riscos a sociedade.¹¹⁶

A existência de fundos não é novidade no ordenamento pátrio. A destinação social de recursos está presente no Código Penal, nas verbas referentes à Ação Civil Pública, inclusive no Código de Defesa do Consumidor, este último com grandes semelhanças à indenização punitiva, na qual visa evitar a reiteração da conduta indesejada.

A aceção pela criação dos fundos públicos nas sanções civis na punição indenizatória não é algo defendido somente nas doutrinas; encontra-se em julgados esse recurso como alternativa à questão do enriquecimento ilícito. Observa-se no julgado supracitado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a citação pela criação de “Fundo dos Direitos do Consumidor”:

Necessidade de inaugurar-se a doutrina da *punitive damage* e sua coirmã, a *exemplary damage*, às vezes chamadas no direito pátrio, sem muito rigor científico, de teoria do desestímulo. A ideia é punir-se com rigor o causador do dano, de forma pecuniária, destinando-se o montante indenitário diretamente à vítima. Em alguns casos, além da vítima, instituições de caridade podem ser premiadas com a punição do ofensor, ou, até mesmo o Fundo dos Direitos do Consumidor.¹¹⁷

O estabelecimento de fundos públicos representa um norte coletivo para os valores punitivos indenizatórios. É um duplo ganho: impede-se o enriquecimento sem causa e monetização jurídica, e também respeita a finalidade social da responsabilidade civil.

¹¹⁶ SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva, 2011. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0CEsQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2131%2Ftde-15052012-102822%2Fpublico%2FDissertacao_Indenizacao_Punitiva.pdf&ei=ZzRaVdnIDYmYNrv-gJAB&usg=AFQjCNHPplfRfCw2IrlnJd6CbGaPvjktw&sig2=_TVQ2eikLv54LbHAD0Z2BA&bvm=bv.93564037,d.eXY>. Acesso em: 20 maio 2015.

¹¹⁷ TJ-RS, 71003706256, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Julgamento: 13/10/2011.

4.5.2 Limitação de valores e competência de determinação do montante pelos magistrados

O *punitive damages* aplicado nos Estados Unidos é famoso pelos montantes indenizatórios elevados, o que gera certa controvérsia quanto à viabilidade de aplicação desse instituto. Inclusive no próprio direito norte americano existem indicativos de limitação dos valores indenizatórios a título punitivo. A Suprema Corte daquele país, pretendendo evitar esses exageros sancionatórios, fixou critérios que devem ser observados na fixação da indenização, inclusive com parâmetros limitativos, como a proporção com multas impostas na área violada.

Estabelecer balizas que proporcionem uma medida indenizatória que atenda aos anseios sociais, corroborando com o caráter pedagógico e inibitório, todavia que não ultrapasse as barreiras do razoável e desequilibre a relação econômica, pode ser o diferencial para não termos problemas com indenizações milionárias e desacreditar um sistema que pode ser altamente útil.

Não somente especificações que definam a “dosimetria” da pena para responder proporcionalmente grau de violação são necessárias, mas também a definição de um “teto prudencial”. Esse teto poderia usar como referência a monta a crivo reparatório, não podendo ultrapassar a título de punição um múltiplo desse valor, previamente definido na legislação.

A competência para designar a soma punitiva, no direito norte americano é um júri estabelecido para essa função. Esse sistema de julgamento é questionado naquele país, inclusive o prestígio dessa entidade acaba por vezes ferido.

Pretendendo-se evitar subjetivismos exacerbados, os magistrados apresentar-se-iam uma interessante opção para terem a atribuição de definir a quantia punitiva. Poderia, ainda, haver um sistema de precedentes, que colaboraria para decisões que prestigiassem valores equitativos e tratassem com isonomia a aplicação da função punitiva, com os diferenciais de cada caso concreto.

Essas duas possibilidades apresentadas no parágrafo anterior poderiam fomentar decisões equilibradas, eivadas de extremos, capazes de atender o caráter coletivo no Direito Civil. A certeza de punição ao violar a lei, e que esta será na proporção do agravo, pode ser o diferencial para o sucesso da função punitiva e a criação de uma cultura de segurança jurídica.

4.5.3 A concepção da indenização punitiva como um sistema difuso de controle de violações

O equilíbrio nas relações civis no momento histórico que nos encontramos apresenta-se abalado. Isso é facilmente verificado pelo número de ações propostas no Judiciário, o que revela a praxe de desrespeito com os direitos e princípios do Direito Civil.

Apesar da importância e de sua representatividade de conquista civil, somente o caráter indenizatório não é capaz de dar resposta eficiente para os autores dos ilícitos. Existem correntes, então, que clamam pela normatização da indenização punitiva, já que esta possuiria maior caráter inibitório e pedagógico.

Respeitada proporção do grau de relevância na manutenção do estado de democrático de direito, a indenização punitiva poderia ser considerada análoga ao sistema de controle de constitucionalidade difuso, no qual cada indivíduo possui o poder de questionar a violação de um preceito com efetividade, ao menos *intra partes*.

Conceber a função punitiva no direito brasileiro poderia ser a possibilidade de devolver ao povo o poder de reivindicar seus direitos de forma efetiva, atendendo ao parágrafo único da CF/88, no qual todo poder emana do povo, podendo este exercer de maneira direta.

Esse mecanismo difuso na responsabilidade civil teria a capacidade de aumentar o poder dissuasivo e pedagógico tanto quanto forem as violações – no atual momento, milhões – replicando proporcionalmente quanto forem o número de agravos.

Empoderar os indivíduos com um mecanismo difuso que vete os desrespeitos à responsabilidade civil pode representar vários ganhos, como respeito às regras impostas, valorização de empresas que seguem as normas e desoneração do estado em custos de interferência direta nas relações civis.

4.5.4 A possibilidade de sistematização com o novo sistema de incidente de demandas repetitivas

A fragmentação da punição na indenização nas ações individuais preocupa pela indefinição da soma sancionatória que será atribuída ao infrator, porquanto nas ações repetitivas o autor comete reiteradamente o ilícito. Uma proposta para suprimir esse entrave seria restringir a aplicação punitiva aos casos de atribuição de

competência para o julgamento de incidente de demandas repetitivas, nos quais se verificariam os requisitos para utilização punitiva, tais como grave violação de princípios, má fé, entre outros que já foram elencados nesta obra.

Ao se adotar esta postura, além do maior controle do *quantum* total que está sendo sobreposto ao infrator, a punição será entendida como uma consequência de uma violação coletiva de direitos, estes que muitas vezes não são observados pelos mecanismos de respostas a violações, porquanto muitas vezes essa abrangência fica ofuscada pela individualização pelas ações individuais homogêneas.

Ainda que o direito violado seja individual, nas demandas repetitivas há um caráter coletivo a ser considerado. Esta faceta social muitas vezes é de difícil verificação quando as ações são concebidas como isoladas, o que poderia desvirtuar um possível aproveitamento da função punitiva da indenização.

Pelo simples fato da própria falta de percepção coletiva e também da impossibilidade de grande atenção a cada ação individual, visto que são milhares, analisar a complexidade a violação seria algo dificultoso, sendo um obstáculo para uma boa análise do cabimento ou não da indenização punitiva e da aferição do montante deste. Esse impedimento pode ser superado pelo incidente de demandas repetitivas, em que, além de serem concentrados os valores condenatórios, poderão ser apreciadas as ilicitudes de maneira detalhada, em todos os seus aspectos.

O dispositivo processual do incidente de demandas repetitivas pode ser um caminho para a efetivação de direitos, os quais apresentam gradativamente mais coletivos. Esta utilização unificada da punição nos casos indenizatórios pode ter a capacidade de diminuir os riscos que esta imposição encontra quando aplicada isoladamente, podendo ser algo a ser cogitado se positivada a sanção punitivo-indenizatória no ordenamento brasileiro.

CONCLUSÃO

A função punitiva da indenização no atual panorama do direito brasileiro encontra-se controversa, o que é facilmente verificável na doutrina, a qual reflete e reforça uma conjuntura de vastas perspectivas. Corroborando para esta indefinição estão a jurisprudência e as normas, ou melhor, a falta destas.

A jurisprudência é farta de julgados quanto à função punitiva na indenização, com variadas interpretações e com fundamentos que se apresentam excelentemente demonstrados. Entretanto, essas compreensões destoantes são um entrave para a segurança jurídica, ainda mais quando as divergências ultrapassam o simples cabimento ou não da sanção punitiva na responsabilidade civil, opondo-se dentro dos próprios grupos pró ou contra função punitiva quanto à justificativa legal, extensão do montante indenizatório e finalidade.

Contribuindo para a desarmonia jurisprudencial, existe na jurisprudência uma separação quanto ao embasamento da função punitiva, quanto à estrutura que as sustenta. Uma linha mais “tradicional” faz adequação da sanção civil como um simples mecanismo de desestímulo das práticas ilícitas, de certa forma afastando-se do preceito punitivo, enquanto que a outra corrente credita à função punitiva uma maior aproximação ao *punitive damages* americano, reconhecendo que existe uma punição, ainda que tenha propósito pedagógico inibitório.

Esta separação supracitada pode ter como um dos fatores a falta normas específicas quanto à indenização punitiva. Todavia, trata-se em maior parte de uma divisão formal, porquanto ambos os casos ultrapassam a mera indenização reparatória, *embora* com fundamentações que indiquem somente o objetivo pedagógico sem intenção de punir, em vias práticas, o aumento do valor indenizatório representará para o condenado uma desvantagem em iguais proporções, não importando a que título.

Apesar de toda a indeterminação no cenário atual e do momento de questionamento no direito brasileiro da função punitiva, este preceito não é exatamente uma novidade no ordenamento pátrio. Ainda que nunca tenha sido positivada uma norma geral de aplicação da sanção no Direito Civil, com uma maior amplitude, há em legislações específicas previsão de sanções civis que autorizam definir o montante indenizatório a exceder o valor reparatório. Não podemos conceber, então, a função punitiva como algo inédito, sem experiência na realidade pátria. Ainda

que de alcance reduzido, esses casos podem ser importantes para verificação da eficiência da sanção civil no direito brasileiro.

Respeitam-se as posições favoráveis ou contrárias à possibilidade da aplicação da sanção punitiva no atual panorama do direito pátrio, e também os adeptos ou não da conveniência da função punitiva no Direito Civil. É verossímil que seria interessante uma positivação e maior esclarecimento normativo no assunto.

A formalização da indenização punitiva poderia trazer alguns benefícios para a eficiência da responsabilidade civil, inicialmente e, talvez o mais importante, fomentaria a fortificação da segurança jurídica no assunto, problema que foi claramente demonstrado nesta obra. Uma previsibilidade do montante indenizatório é uma necessidade e um direito da sociedade brasileira, podendo esta ter efeitos coletivos e econômicos.

A inovação legislativa seria capaz de evitar decisões que fugissem do esperável, criando linhas interpretativas seguras. Essa estabilidade também poderia ser oportuna para um estudo e crítica mais aprofundada quanto à indenização punitiva, porquanto se saberia definir com maior precisão e definição o funcionamento desse mecanismo no direito brasileiro, podendo-se, assim, desenvolver e evoluir no tema, fomentando a efetivação de direitos e princípios na responsabilidade civil.

Apesar da doutrina dita “tradicional” acreditar pela inadequação da indenização punitiva na responsabilidade civil, e também por sua inconveniência – porquanto plausível o risco de deturpação dos fins indenizatórios, especialmente o reparatório –, é considerável na doutrina e nos princípios da responsabilidade civil o encaixe da indenização punitiva nas funções desta. Principalmente pelo caráter social e o dever preventivo da responsabilidade civil, que deve buscar o equilíbrio nas relações privadas.

A necessidade de afloramento da contrição advinda da responsabilidade civil sobre questões de desrespeito de direitos com caráter coletivo fica evidenciada ainda mais quando se trata de demandas repetitivas. Nestas, há uma nítida violação de direitos de forma reiterada, podendo ser concebida uma desarmonia nas relações civis que ultrapassem somente a questão individual.

A falta de um mecanismo formal eficiente, que fomente a prevenção e a inibição de ilícitos reiterados que provoquem demandas repetitivas, é notório na presente perspectiva do direito brasileiro. Isso gera diversas consequências negativas, como desrespeito às normas impostas e o esgotamento da capacidade do

Judiciário, gerando morosidade para este. Esta lentidão e a “superlotação judicial” também acaba afetando as ações de cunho não repetitivo, estas últimas, muitas vezes, não tendo uma maior atenção judicial pelo exaurimento ocasionado pelas ações repetitivas.

A positivação do *punitive damages* poderia ser um instrumento de efetivação de princípios e um estímulo, ainda que negativo, para a não reiteração do ilícito, porquanto poderia ficar desinteressante a reincidência deliberada. Entretanto, seria imprudente não destacar a possibilidade de prejuízos causados pela adoção legislativa do instituto. Talvez um dos grandes malefícios a ser enfrentado seria a mercantilização da indenização, na qual o grande interesse das vítimas seria o enriquecimento, deslocando da função social e deturpando a indenização da responsabilidade civil. Isso poderia trazer um efeito reverso do esperado, com um aumento de demandas jurídicas repetitivas.

Para evitar os problemas ocasionados por uma possível previsão normativa do *punitive damages*, como, por exemplo, o citado no parágrafo anterior, é primordial o estudo e aprimoramento do tema. Essas dificuldades somente poderão ser sanadas com a procura de procedimentos que inibam os prováveis malefícios que podem ser trazidos pela utilização do instituto. Para tanto, terão que ser empreendido esforços que abranjam estudos de experiências estrangeiras e também com outras áreas, como a análise econômica do direito, visto o caráter multidisciplinar e complexidade ligados às demandas repetitivas e indenização punitiva.

Não somente quanto da aplicação do *punitive damages* ou da indenização punitiva é fundamental a evolução no tema. Com a atual crise gerada pelo excesso de demandas no Judiciário e o desrespeito reiterado das normas é essencial a busca por outras alternativas de efetivação de direitos e princípios. Existem opções além do *punitive damages* para tanto, devendo estas trabalhar em conjunto e reunir esforços. Assim, mesmo que não positivada a sanção indenizatória, haveria artifícios que não deixariam a concretização das funções da responsabilidade civil desamparada.

Resta claro que os mecanismos no presente momento histórico não representam modelo de efetivação de princípios ou normas, tampouco equilíbrio nas relações privadas ou segurança jurídica, podendo ser esta a oportunidade para uma discussão franca sobre as atuais práticas e novas ferramentas. Essas últimas, pensadas conforme a realidade brasileira, com adaptações condizentes a nossa cultura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGARO, Gerson Amauri. O direito privado como meio de efetivação de direitos fundamentais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANDRADE, André Gustavo Correa, Indenização punitiva. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 23 abr. 2015.

ANDRADE, André Gustavo de. Dano Moral e Indenização Punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do Direito brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

AQUINO, Geraldo Frazão de Junior. Aspectos econômicos da responsabilidade civil Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/03/2012_03_1225_1256.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

BARROS, Mayara Jorge João. Punitive damages ou teoria do valor do desestímulo – análise crítica da sua aplicação no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13550>. Acesso em: 24 abr. 2015.

CAVALIERI, Sergio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIAS, José de Aguiar, Da Responsabilidade Civil. São Paulo: Renovar, 2006.

DIDIER, Fredie et al. Ações Constitucionais. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo Filho. Novo Cursos de Direito Civil, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, vol. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRUTES, Rômulo limeira da Silva, *Punitive damages* e Dano Moral Punitivo: um Estudo Comparado com o Modelo Norte americano. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n1novembro2012/pdf/RomuloLimeiraGrutesdaSilva.pdf>. Acesso em: 03 maio 2015.

GUIMARÃES, José Carlos Almeida. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/JoseCarlosGuimaraesAlmeida.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2015.

GUSMÃO, Ana Carolina de Souza Costa. Dano Moral e indenização Punitiva. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 30 maio 15

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo, 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Maria Souza apud GUSMÃO, Ana Carolina de Souza Costa. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnaCarolinaGusmaodeSouzaCosta.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Sousa. Usos e abusos da função punitiva. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 20 maio 2015.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOLLICA ROGERIO. Os processos repetitivos e a celeridade Celeridade Processual. Disponível em: <[file:///C:/Users/Val%C3%A9ria/Downloads/Resumo_Tese_Rogério_Mollica%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Val%C3%A9ria/Downloads/Resumo_Tese_Rogério_Mollica%20(4).pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo, Curso de Direito Civil, v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: Fundamento do direito das obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de Dano Moral e seu caráter desestimulador. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_22832041_DANO_MORAL_E_SEU_CARATER_DE_SESTIMULADOR>. Acesso em: 12 abr. 2015.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com a responsabilidade civil Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ROSENVALD, Nelson. As funções da Responsabilidade Civil, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, A. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva, 2011. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0CEsQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2131%2Fde-15052012-102822%2Fpublico%2FDissertacao_Indenizacao_Punitiva.pdf&ei=ZzRaVdnIDYmYNrv-gJAB&usg=AFQjCNHPplfRfCw2lrlnJd6CbGaPvjktw&sig2=_TVQ2eikLv54LbHAD0Z2BA&bvm=bv.93564037,d.eXY>. Acesso em: 20 maio 2015.

SOUZA BRITO, Thiago Carlos de. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na reativação da coisa julgada. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/130/121>>. Acesso em: 18 maio 2015.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, et al. Novo CPC: Fundamentos e Sistematização. 2 ed. São Paulo, Gen, 2014.

THEODORO, Humberto Júnior, Dano moral, 7. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. A Responsabilidade Civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 maio 2015.